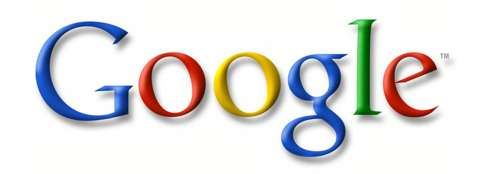
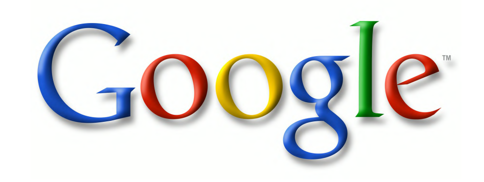







VE RI TAS

ИЗВЛЕЧЕНІЯ

ИЗЪ ИНОСТРАННЫХЪ СОЧИНЕНІЙ,

УПОМИНАЕМЫХЪ ВЪ ОБЪЯСНИТЕЛЬНОЙ ЗАПИСКѢ,

ПО ВОПРОСАМЪ,

ОТНОСЯЩИМСЯ КЪ УЧЕНІЮ

О ПРЕСТУПНЫХЪ ДѢЯНІЯХЪ И НАКАЗАНІЯХЪ ВООБЩЕ.

Составлено С. М. Латышевымъ

подъ руководствомъ члена редакціонной коммисіи

Н. С. Таганцева.

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

ТИПОГРАФІЯ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩАГО СЕНАТА.

1882.

ТРЕХЧЛЕННОЕ ДѢЛЕНІЕ ПРЕСТУПНЫХЪ ДѢЯНІЙ.

(ст. 3 проекта редакціонной коммисіи).

I.

Ortolan, Éléments de droit pénal, изд. 1875, т. I, стр. 279 и слѣд.

Останавливаясь на вопросѣ о томъ, представляется-ли полезнымъ дѣленіе преступныхъ дѣяній на различныя категоріи, смотря по ихъ относительной важности, основывается-ли подобная классификація на самомъ свойствѣ преступленій или же она является произвольною, зависящею отъ усмотрѣнія законодателя, Ortolan находитъ, что такое дѣленіе является не только полезнымъ но и необходимымъ, въ тѣхъ видахъ, чтобы привести въ соотвѣтствіе съ важностью преступленія, а слѣдовательно и съ тяжестью наказанія, организацію юрисдикціи судебныхъ мѣстъ и судопроизводства—необходимость, тѣмъ болѣе настоятельная, чѣмъ обширнѣе территорія государства и многочисленнѣе его населеніе. Мысль эту авторъ развиваетъ слѣдующимъ образомъ: „Les délits, à mesure qu'ils sont plus légers, sont aussi plus nombreux, d'où la nécessité, pour les juger, de tribunaux en plus grand nombre; le mauvais effet en est plus local, d'où la nécessité de tribunaux plus rapprochés des justiciables; les faits qui s'y réfèrent s'oublient plus vite, d'où la nécessité d'une poursuite et d'une solution plus promptes; la peine en est plus légère, par conséquent le pouvoir social remis au juge est moins grand et l'intérêt du procès, de moindre importance tant pour l'inculpé que pour la société, d'ou l'opportunité d'une composition plus simple dans le tribunal, d'une procédure plus sommaire et moins coûteuse; tandis qu'à mesure que les délits et par conséquent les peines deviennent plus graves, toutes ces propositions tournent à l'inverse“.

Вопросѣ о томъ, на сколько категорій должны быть раздѣлены преступныя дѣянія, только на первый взглядъ допускаетъ различныя и притомъ совершенно произвольныя рѣшенія. Такъ прежде всего между преступными дѣяніями существуетъ различіе, представляющееся настолько естественнымъ, что оно скорѣе результатъ логической дедукціи, чѣмъ произвола законодателя. Если разсматривать нарушенія уголовнаго закона единственно по отношенію къ ихъ важности, оставляя на время въ сторонѣ свойство нарушенныхъ правъ или интересовъ, то придется признать, что нѣкоторыя изъ этихъ правонарушеній представляются столь маловажными, что ихъ вредныя послѣдствія, извѣстность о ихъ совершеніи, ограничиваются узкими предѣлами той мѣстности, въ которой они учинены. Онѣ не причиняютъ безпокойства, ими даже не интересуются внѣ этихъ предѣловъ, а потому и дѣйствіе уголовной репрессіи не должно въ свою очередь распространяться за эти предѣлы; здѣсь будутъ достаточны наказанія самыя легкія, такія, которыя способны произвести лишь мѣстное впечатлѣніе. Другія преступныя дѣянія, напротивъ того, представляются настолько важными, что въ какой-бы мѣстности они ни были совершены, все народонаселеніе государства признаетъ себя въ опасности отъ подобныхъ посягательствъ. Тревога, дурной примѣръ, желаніе видѣть ихъ наказанными—дѣлаются повсемѣстными. Сообразно этому и уголовная репрессія должна получить общій, а не только мѣстный характеръ, а для этого необходимы достаточно тяжкія наказанія, которыя были бы способны произвести далеко распространяющееся впечатлѣніе.

Отсюда является основаніе для дѣленія преступныхъ дѣяній на двѣ категоріи, дѣленія отнюдь не произвольнаго, но вполнѣ логичнаго, именно: на преступленія болѣе важныя, имѣющія общее значеніе, и менѣе важныя, возбуждающія лишь мѣстный интересъ. Указанная важность преступленія не стоитъ въ зависимости отъ того, кому принадлежитъ право или интересъ, нарушенные преступленіемъ. Совершенно безразлично, растратило ли лицо кассовыя суммы, принадлежащія государству, городу или частному лицу, подожжено-ли казенное зданіе, общественное или частное: во всѣхъ этихъ случаяхъ впечатлѣніе отъ преступленія распространяется за предѣлы мѣстности, гдѣ оно было совершено; слѣдовательно и впечатлѣніе отъ наказанія должно быть соотвѣтственно сильное, необходимы достаточно тяжкія наказанія, чтобы такое

впечатлѣніе было произведено. И обратно: можно представить себѣ случаи, гдѣ посягательство направлено на интересы государства, общества или частнаго лица, напр. если нарушеніе лѣсныхъ законовъ имѣло мѣсто въ лѣсу, принадлежащемъ государству, общинѣ или частному лицу, или нарушеніе правилъ устава путей сообщенія произошло на дорогѣ національной, департаментской или коммунальной, тѣмъ не менѣе эти проступки оказываются настолько маловажными, что способны произвести лишь мѣстное впечатлѣніе, а потому вызываютъ соотвѣтственно незначительную репрессію. Такимъ образомъ, въ эту послѣднюю категорію отойдутъ всѣ полицейскія нарушенія, но сюда же отойдутъ и всѣ маловажные проступки. Изъ этого видно, что уничтожить такое естественное дѣленіе преступныхъ дѣяній, слить обѣ категоріи въ одно цѣлое—было бы ошибкой. Полицейскія нарушенія по своему мѣстному характеру предназначены главнымъ образомъ наполнить эту низшую по важности своей группу преступленій, онѣ служатъ ея типомъ, но она не исчерпывается исключительно этого рода дѣяніями. Оцѣнка относительной важности проступковъ и опредѣленіе того, при какихъ условіяхъ они должны считаться имѣющими общій интересъ и при какихъ мѣстный, принадлежитъ законодателю. Вышеуказанное разграниченіе преступныхъ дѣяній настолько вытекаетъ изъ природы вещей, что въ болѣе или менѣе однородной формѣ встрѣчается во всѣхъ законодательствахъ. Но слѣдуетъ ли идти дальше и признать, что высшая изъ этихъ двухъ категорій преступныхъ дѣяній, обнимающая всѣ проступки и нарушенія общей важности, должна въ свою очередь быть подраздѣлена на другія категоріи? Авторъ признается, что такое новое подраздѣленіе не имѣетъ безусловно обязательнаго характера и не проистекаетъ изъ природы вещей. Всѣ правонарушенія этой категоріи, образующія лѣстницу постепенно увеличивающейся важности преступныхъ дѣяній, имѣютъ то общее между собой, что всякое изъ нихъ, хотя и въ различной степени, представляетъ общій интересъ. Если признать нужнымъ разрубить лѣстницу, образуемую дѣяніями этой группы, на нѣсколько частей, то ничто не обязываетъ сдѣлать именно 1, 2 или большее число разрѣзовъ, и провести линію раздѣла именно въ такой то точкѣ предпочтительно передъ другой. Это подраздѣленіе во всякомъ случаѣ будетъ произвольнымъ, завися отъ взглядовъ или характера учрежденій каждой страны. Въ противоположность съ предъидущимъ дѣле-

ніемъ, которое встрѣчается во всѣхъ законодательствахъ, настоящее подраздѣленіе, встрѣчаясь въ одномъ законодательствѣ, нерѣдко отсутствуетъ въ другомъ. Но если подраздѣленіе проступковъ высшей категоріи не можетъ считаться для законодателя безусловно обязательнымъ, то тѣмъ не менѣе вышеуказанныя соображенія его полезности, могутъ побудить законодателя ввести его въ кодексъ, особенно въ странахъ съ обширной территоріей и значительнымъ населеніемъ, въ которыхъ является необходимость въ большомъ числѣ судебныхъ властей различныхъ инстанцій, и гдѣ такое дѣленіе можетъ способствовать болѣе точному разграниченію предѣловъ вѣдомства отдѣльныхъ установленій. Законодатель, относительно числа подраздѣленій и пунктовъ дѣленія, долженъ сообразоваться съ требованіями практической пользы, которую онъ желаетъ достигнуть.

Что касается числа подраздѣленій, то если принять въ соображеніе, что путаница и неудобство произошли бы и въ томъ случаѣ, если бы ихъ было очень много, и въ томъ, если бы ихъ вовсе не было, и что, разсматривая наказуемыя дѣянія общей важности, нельзя не признать, что однѣ изъ нихъ представляютъ болѣе важности по сравненію съ другими,—естественнѣе всего придти къ двучленному подраздѣленію этой группы, какъ самому простѣйшему, такъ что, присоединяя это новое дѣленіе къ предъидущему, мы получаемъ для всѣхъ преступленій трехчленную классификацію по степени важности дѣяній: 1) Délits ou contraventions d'importance générale ayant le plus de gravité;—2) Délits ou contraventions d'importance générale d'une gravité moindre;—3) Délits ou contraventions d'importance simplement locale ou municipale.

Трехчленная классификація склоняетъ въ свою пользу законодателя еще и тѣмъ, что, благодаря ей, преступныя дѣянія располагаются вполнѣ симметрично. Эта симметрія имѣетъ свое основаніе и свою пользу. Раздѣляя преступленія общей важности на два класса: важнѣйшихъ и менѣе важныхъ, она создаетъ неоспоримыя выгоды для установленія болѣе правильной подсудности въ странѣ; но не слѣдуетъ забывать, что она не заключаетъ въ себѣ ничего обязательнаго, что демаркаціонная линія между 1-й и 2 й категоріей всегда останется линіей фактической, проводимой законодателемъ, и что тогда какъ третья категорія: проступки и нарушенія чисто мѣстной важности, будетъ рѣзко отдѣляться отъ другихъ

группъ преступныхъ дѣяній самой силою вещей и по многимъ другимъ серьёзнымъ основаніямъ, двѣ первыя категоріи, за исключеніемъ того, что касается юрисдикціи и процедуры, смѣшаются между собою относительно условій наказуемости.

Само собою разумѣется, что большая или меньшая важность преступленія опредѣляется тѣми элементами, которые образуютъ его законный составъ, и что законодатель соразмѣряетъ наказаніе съ опредѣленною имъ напередъ важностью дѣянія, по правилу: distinctio poenarum ex delicto, но,—разъ важность преступленія уже опредѣлена и рѣчь идетъ только о классификаціи преступныхъ дѣяній по категоріямъ, смотря по признанной законодателемъ относительной важности ихъ—наказаніе, налагаемое за преступленіе, становится простѣйшимъ практическимъ выраженіемъ его важности, наиболѣе раціональнымъ и вмѣстѣ съ тѣмъ наиболѣе удобнымъ для классификаціи критеріемъ, такъ какъ наказаніе опредѣлительнымъ образомъ указываетъ степень преступности, признаваемую законодателемъ въ данномъ дѣйствіи, болѣе или менѣе важныя карательныя послѣдствія, которыя можетъ повлечь за собою процессъ, а слѣдовательно важность этого процесса, и наконецъ объемъ власти, предоставленной судьѣ. Въ этомъ нельзя не видѣть весьма логичнаго и справедливаго положенія: важность преступленія опредѣляетъ тяжесть наказанія, но коль скоро послѣдняя уже опредѣлена—она въ свою очередь служитъ практическимъ терминомъ для отнесенія дѣяній къ той или другой группѣ.

II.

Garraud, Précis de droit criminel, 1881 г. стр. 48 и слѣд.

Противъ усвоеннаго въ Code pénal трехчленнаго дѣленія правонарушеній, въ основаніе котораго положена тяжесть угрожаемаго закономъ наказанія, предъявляются обыкновенно двоякаго рода возраженія. Прежде всего указываютъ, что оно совершенно произвольно, такъ какъ нѣтъ никакихъ уважительныхъ основаній къ тому, чтобы дѣлить правонарушенія именно на три класса, а не на два, четыре или большее число классовъ. Но въ дѣйствительности наказуемыя дѣянія, по своей природѣ, а слѣдовательно и по относительной важности ихъ, хотя представляются весьма различными, однако изъ числа ихъ можно выдѣлить однѣ, какъ наиболѣе важныя (crimes),

другія менѣе тяжкія (délits) и наконецъ самыя незначительныя (contraventions). Такая классификація преступныхъ дѣяній съ точки зрѣнія ихъ относительной важности, вытекая изъ природы вещей, не можетъ считаться произвольною. Другое возраженіе заключается въ томъ, что классификація нераціональна въ своей основѣ, такъ какъ при этомъ свойство правонарушенія опредѣляется въ зависимости отъ большей или меньшей тяжести угрожаемаго закономъ наказанія, тогда какъ логически тяжесть наказанія зависитъ отъ свойства правонарушенія, и что такимъ образомъ извѣстная со временъ Тацита формула: „distinctio poenarum ex delicto" превращается въ distinctio delictorum ex poena. Но и это возраженіе падаетъ, такъ какъ само собою разумѣется, что при выработкѣ системы наказаній законодатель сообразовался съ относительною важностью правонарушеній, но какъ скоро это сдѣлано, важность правонарушенія можетъ быть прямо выведена изъ строгости опредѣляемаго за него въ законѣ наказанія. Главнѣйшая польза этой классификаціи заключается въ томъ, что ею дается точное правило для опредѣленія подсудности правонарушеній. Благодаря этому дѣленію, въ уголовномъ судопроизводствѣ не возникаетъ тѣхъ трудностей въ опредѣленіи надлежащей подсудности преступнаго дѣянія, которыя столь часты въ процессѣ гражданскомъ. Но кромѣ того, классификація эта приноситъ пользу и при разрѣшеніи вопросовъ матеріальнаго права, какъ скоро требуется принять въ соображеніе большую или меньшую важность преступнаго дѣянія. Такъ эта классификація имѣетъ примѣненіе къ ученію о покушеніи, къ постановленіямъ о давности, о стеченіи преступленій, о рецидивѣ, соучастіи и объ уменьшающихъ вину обстоятельствахъ. Въ процессѣ разграниченіе дѣяній имѣетъ большую важность по отношенію къ предварительному слѣдствію, къ предварительному задержанію, порядку ревизіи уголовныхъ приговоровъ; наконецъ, классификація преступныхъ дѣяній имѣетъ значеніе для вопроса объ экстрадиціи.

III.

Wächter, Deutsches Strafrecht, изд 1881 г. стр. 124.

Разговорный языкъ различаетъ, по большей или меньшей наказуемости, преступленія въ тѣсномъ смыслѣ и проступки. Въ болѣе широкомъ смыслѣ подъ словомъ преступленіе (Verbrechen)

понимается вообще всякое наказуемое дѣяніе. Въ тѣсномъ смыслѣ обыкновенно обозначаются словомъ „преступленіе“ тягчайшія строже наказуемыя преступныя дѣянія, болѣе-же легкія и слабѣе наказуемыя—называются проступками. Такая именно номенклатура встрѣчается въ Германскихъ законодательствахъ (съ 1838 г.): Саксонскомъ, Вюртембергскомъ, Тюрингенскомъ, Брауншвейгскомъ, Гессенскомъ. Авторъ полагаетъ, что такъ какъ граница между тяжелымъ и легкимъ, высокимъ и низкимъ, всегда будетъ относительная и вполнѣ произвольная, то и все дѣленіе преступныхъ дѣяній представляется шаткимъ и названные уголовные кодексы совершенно правильно не указывали никакихъ прочныхъ признаковъ, которые могли-бы служить для точнаго разграниченія преступленій и проступковъ, и не придавали самому дѣленію серьезнаго практическаго значенія. Относительно удержаннаго Германскимъ уложеніемъ трехчленнаго дѣленія преступныхъ дѣяній Wächter дѣлаетъ слѣдующія замѣчанія: 1) дѣленіе это имѣетъ практическое значеніе для процесса; въ матеріальномъ правѣ—для ученія о покушеніи и соучастіи, а также для постановленій о давности; 2) въ основу дѣленія принята высшая степень (Höhstbetrag) нормальнаго наказанія, угрожаемаго закономъ, но не мѣра наказанія, опредѣляемая приговоромъ суда въ единичномъ случаѣ; такъ напр. если за извѣстное преступное дѣаніе законъ угрожаетъ каторгою, Zuchthaus, или крѣпостью—Festungshaft, отъ 1—10 л., то совершившій такое дѣяніе виновенъ въ преступленіи, хотя-бы онъ былъ присужденъ только къ годичному заточенію въ крѣпости; далѣе, если данное дѣяніе должно влечь за собою Zuchthaus отъ 1—5 лѣтъ, но судья присуждаетъ виновнаго, въ виду уменьшающихъ обстоятельствъ или признавая въ данномъ случаѣ покушеніе на преступленіе, лишь къ тюрьмѣ, то все-таки дѣяніе его будетъ преступленіемъ, а не проступкомъ; 3) „Uebertretungen“ не тождественны съ простыми полицейскими нарушеніями; хотя изъ числа дѣйствій, относимыхъ Германскимъ уложеніемъ (§ 360) къ нарушеніямъ, большая часть имѣетъ полицейскій характеръ, но между ними встрѣчаются такія, кои представляются настоящими преступленіями (wahre Rechtsverbrechen). Авторъ отграничиваетъ полицейскія преступленія отъ преступленій въ собственномъ смыслѣ тѣмъ, что первыя выражаются въ дѣйствіяхъ, кои сами по себѣ не противорѣчатъ праву (nicht rechtsverletzend) и не могутъ быть причислены къ категоріи

безнравственныхъ, но, возмущая порядокъ и спокойствіе или представляясь вообще опасными для общественнаго благосостоянія, воспрещаются подъ угрозою наказанія. Съ другой стороны нѣкоторыя чисто полицейскія нарушенія причисляются Германскимъ уложеніемъ къ проступкамъ (Vergehen), напр. § 363, 366.

IV.

Binding, Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund, изд. 1869 г., стр. 44 и слѣд. Его же: **Grundriss zur Vorlesungen über gemeines Strafrecht,** 1879 г. стр. 55.

Binding, по поводу заимствованнаго проектомъ изъ Прусскаго кодекса трехчленнаго дѣленія преступныхъ дѣяній, дѣлаетъ слѣдующія замѣчанія:

1) Усвоенное проектомъ дѣленіе не есть на самомъ дѣлѣ какое-либо разграниченіе преступныхъ дѣяній по различію ихъ законнаго состава (die Theilung des GB § 1 ist nun keine Eintheilung der Thatbestände strafbarer Handlungen). Составъ преступнаго дѣянія, взятый отдѣльно отъ угрожаемаго закономъ наказанія, не будетъ, по смыслу § 1, ни преступленіемъ, ни проступкомъ, ни нарушеніемъ. Затѣмъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда опредѣляемое въ законѣ за данное преступное дѣяніе наказаніе входитъ своимъ maximum'омъ въ область наказаній, пріуроченныхъ къ преступленіямъ, а своимъ minimum'омъ въ область наказаній, пріуроченныхъ къ проступкамъ (таковы § 86, 88 Al. 3, 89, 96, 98, 100, 102, 106, 208), или maximum принадлежитъ къ разряду наказаній, налагаемыхъ за проступки, а minimum — къ разряду наказаній за нарушенія (таковы § 110, 111 al. 2, 113 al. 1 и 2, 116 al. 1, 121 al. 2, 130, 131, 132, 134, 135, 145, 148; 184, 185, 186, 223, 230, 240, 241, 271, 276, 285, 286, 289, 291—293, 296, 297, 299, 300, 304, 309, 318, 320, 330, 331, 337, 342, 345, 347, 352), то въ результатѣ одно и тоже дѣйствіе одновременно является и преступленіемъ и проступкомъ, или проступкомъ и нарушеніемъ. Такимъ образомъ, квалификація преступнаго дѣянія можетъ быть впервые опредѣлена судебнымъ приговоромъ. Eine ganze Masse relativ bestimmter Strafen steht mit dem Minimum diesseits der Grenze der Vergehen - mit dem Maximum jenseits der Verbrechen-Strafen. Ebenso finden sich Hand-

lungen, die zugleich mit Vergehens-und Uebertretungsstrafen belegt sind. Was ist dann die bedrohte Handlung? Weder ein Verbrechen, noch ein Vergehen! Sagen wir aber: entweder ein Verbrechen oder ein Vergehen: nun der Begriff der Handlung bleibt ja juristisch stets derselbe und so bewahrheiten wir wieder den Satz, dass es eine einfache Täuschung ist, hier von der Eintheilung der Strafbaren Handlungen zu sprechen. Dann brauchen wir eben »Handlung» für irgend eine strafbare Erscheinung unter völliger Beiseitelassung der gesetzlichen Handlugsbegriffe, und diese Bedeutung von Handlung ist die alleinige, die uns durch den § 1 durch hilft, ohne uns sofort mit jenen Janus köpfen des Gesetzes in Conflikt zu werfen. Der § 1 sagt also: irgendwelche strafbare That, welche nach Absicht der Bundesgesetze mit Zuchthaus u. s. w. belegen ist, ist ein Verbrechen. Die Dunkelheit des Charakters einer solchen Handlung hellt erst das Urtheil auf: also nicht die Strafdrohung, sondern erst das Straferkenntniss vollführt die Unterscheidung von Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen. So müsste es in § 1 al. 1 richtig heissen:

Eine Handlung, bei welcher das Strafurtheil nach den Bundesgesetzen auf Zuchthaus oder Einschliessung von mehr als 5 Jahren lautet, ist ein Verbrechen u. s. w.

2) Трехчленное дѣленіе не есть дѣленіе преступныхъ дѣяній въ зависимости отъ рода опредѣляемыхъ въ законѣ различныхъ наказаній (Die Eintheilung ist nicht einmal eine Eintheilung der Straffolgen von Handlungen), такъ какъ дѣленіе это не совпадаетъ съ дѣленіемъ наказаній по способу ихъ выполненія. Тѣ же самые роды наказаній назначаются въ законѣ, и за преступленія, и за проступки (Festung), за проступки и нарушенія (денежная пеня).

3) Оно не есть дѣленіе преступныхъ дѣяній по относительной тяжести налагаемыхъ взысканій. Для этого наказанія за проступки или нарушенія должны бы быть иныя и болѣе мягкія, нежели за преступленія или проступки, чего на самомъ дѣлѣ нѣтъ.

По этимъ основаніямъ Binding высказывается противъ трехчленнаго дѣленія преступныхъ дѣяній, основаннаго на различіи въ мѣрѣ опредѣляемаго закономъ наказанія, и рекомендуетъ дѣленіе дѣяній на два класса: преступленій и полицейскихъ нарушеній, такъ какъ такое двухчленное дѣленіе основывается на внутреннемъ критеріи, на различіяхъ въ самой природѣ дѣяній обоихъ классовъ.

V.

Hälschner, Das gemeine deutsche Recht, 1881 г. стр. 462 и слѣд.

Различіе наказуемыхъ дѣяній по роду и мѣрѣ ихъ преступности обозначается въ народномъ языкѣ различными наименованіями преступныхъ дѣяній; было бы весьма полезно удержать въ законѣ ту же народную номенклатуру преступленій, но это возможно сдѣлать лишь отчасти, такъ какъ для законодателя тѣ признаки, коими въ народномъ сознаніи опредѣляется различіе преступныхъ дѣяній, оказываются часто вполнѣ непригодными. При опредѣленіи въ кодексѣ наказаній за различные роды преступленій, законодатель принимаетъ въ соображеніе только тѣ моменты, которые необходимо предполагаются въ каждомъ конкретномъ случаѣ и могутъ быть выражены въ общей формулѣ. Въ этомъ смыслѣ для него имѣютъ важное значеніе: количество причиненнаго ущерба, объемъ нарушеннаго права, опасность дѣянія и условія формальнаго вмѣненія. Но и предполагая, что всѣ необходимые для законнаго состава извѣстнаго вида преступленій признаки (Schuldmomente) опредѣлены въ законѣ, степень преступности дѣянія всетаки будетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ представляться существенно различною въ зависимости отъ такихъ особенностей даннаго случая, оцѣнка значенія которыхъ должна быть предоставлена судьѣ и только въ рѣдкихъ случаяхъ можетъ быть сдѣлана въ самомъ законѣ. Безъ сомнѣнія и народному сознанію не чуждо различеніе преступныхъ дѣяній по объему заключающагося въ нихъ правонарушенія, если различіе это представляется столь существеннымъ, какъ напр. между уголовными и полицейскими проступками. Но для проведенія болѣе глубокихъ различій между наказуемыми дѣяніями, не только самый разговорный языкъ оказывается слишкомъ неустойчивымъ, но этому препятствуетъ еще и то, что народъ всегда склоненъ смотрѣть на преступленіе и на преступника съ моральной точки зрѣнія, останавливаясь при этомъ на такихъ моментахъ виновности, оцѣнка которыхъ всецѣло должна быть предоставлена законодателемъ усмотрѣнію судьи. Отсюда, возможность выработать въ законѣ такую классификацію преступныхъ дѣяній, которая соотвѣтствовала бы народному воззрѣнію, представляется весьма сомнительною и самая потребность въ классификаціи преступныхъ дѣяній имѣетъ въ основаніи своемъ исключительно соображенія юридической техни-

ки. Германское уложеніе, слѣдуя примѣру прусскаго кодекса, раздѣлило всѣ наказуемыя дѣянія на три класса, причемъ нормою дѣленія приняты родъ и мѣра наказанія. Дѣленіе это, заимствованное нѣмецкимъ законодательствомъ изъ code pénal, имѣло тамъ цѣлью опредѣленіе подсудности уголовныхъ судовъ; съ такимъ же значеніемъ перенесено было это дѣленіе и въ прусскій кодексъ, въ законѣ о введеніи (Einführungsgesetz) коего были помѣщены соотвѣтственныя постановленія о подсудности. Такого значенія дѣленіе это не могло имѣть въ Германскомъ уложеніи, изданномъ гораздо раньше устава Германскаго уголовнаго судопроизводства, который при опредѣленіи подсудности различныхъ судебныхъ установленій, вовсе не сообразовался съ трехчленнымъ дѣленіемъ преступныхъ дѣяній: такъ суду шёффеновъ подвѣдомственны не только дѣла о нарушеніяхъ, но и нѣкоторые проступки; окружнымъ судамъ не только проступки, но и нѣкоторыя преступленія, изъ коихъ лишь важнѣйшія отнесены къ вѣдѣнію суда съ присяжными. Такимъ образомъ, трехчленное дѣленіе оказалось полезнымъ для устава уголовнаго судопроизводства въ томъ лишь отношеніи, что дало законодателю возможность, пользуясь терминами „преступленіе, проступокъ, нарушеніе“, изложить постановленія о подсудности отдѣльныхъ преступленій въ сжатой формѣ, не прибѣгая къ подробному ихъ перечисленію. Для матеріальнаго уголовнаго права существенно важно, по мнѣнію автора, лишь строгое разграниченіе правонарушеній уголовнаго и полицейскаго характера, не представляющее притомъ никакихъ трудностей, въ виду существеннаго различія обѣихъ формъ наказуемыхъ дѣяній. Разграниченіе полицейскихъ и уголовныхъ правонарушеній проведено въ германскомъ уложеніи послѣдовательнѣе, нежели въ прусскомъ кодексѣ, благодаря тому, что уложеніе выдѣлило изъ класса нарушеній многія дѣянія съ уголовнымъ характеромъ и перенесло ихъ въ отдѣлъ проступковъ, а съ другой стороны значительное число дѣяній полицейскаго характера, считавшихся проступками, перенесено въ разрядъ нарушеній. Тѣмъ не менѣе разграниченіе преступныхъ дѣяній этихъ категорій не было проведено и въ нынѣшнемъ уложеніи съ надлежащею послѣдовательностію, вслѣдствіе того, главнымъ образомъ, что слишкомъ низкій максимумъ ареста побудилъ законодателя придать нѣкоторымъ дѣяніямъ полицейскаго характера значеніе проступковъ, а также по той причинѣ, что денежная пеня получила слишкомъ широкое примѣненіе къ дѣяніямъ уголовнаго характера. По мнѣнію автора, вполнѣ

строгое и послѣдовательное разграниченіе неправды уголовной и неправды полицейской могло бы быть достигнуто лишь путемъ выдѣленія нарушеній полицейскихъ въ особый кодексъ (Polizeistrafgesetzbuch). Что же касается дѣленія дѣяній уголовнаго характера на двѣ группы—преступленій и проступковъ, то дѣленіе это, по мнѣнію автора, представляется вполнѣ излишнимъ. Для германскаго уложенія юридическое значеніе такого дѣленія исчерпывается тѣмъ, что тогда какъ при преступленіяхъ покушеніе наказуемо всегда, при проступкахъ оно наказуемо лишь въ случаяхъ, положительно въ законѣ указанныхъ, а также тѣмъ, что для преступленій и проступковъ установлены различные давностные сроки. Но, замѣчаетъ авторъ, установлять въ видѣ общаго правила ненаказуемость покушенія на проступки, нѣтъ достаточнаго основанія, такъ какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда по маловажности проступковъ представляется цѣлесообразнымъ не облагать покушеніе на оные наказаніемъ, нѣтъ необходимости дѣлать въ этомъ отношеніи различіе между преступленіями и проступками, и было бы гораздо правильнѣе сдѣлать изъятіемъ изъ общаго правила не наказуемость покушенія на проступокъ, а наоборотъ его безнаказанность. Въ Code pénal дѣленіе преступныхъ дѣяній на преступленія и проступки имѣло глубокое значеніе для матеріальнаго права, такъ какъ тамъ для обоихъ классовъ преступныхъ дѣяній были установлены качественно различныя наказанія, но такое различіе наказаній могло бы имѣть за себя юридическія основанія лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда между преступленіемъ и проступкомъ существуетъ качественное различіе въ ихъ сравнительной преступности и наказуемости (ein qualitativer Unterschied der Verschuldung und Strafbarkeit). Но такъ какъ всякая пограничная черта между преступленіемъ и проступкомъ является случайною и произвольною, ибо преступность (Schuld) одного и того же противозаконнаго дѣйствія въ конкретныхъ случаяхъ представляется качественно и количественно весьма различною и никогда не можетъ быть заключена въ столь прочныя границы, чтобы она не могла перешагнуть за ихъ черту въ ту или другую сторону, то въ качествѣ неизбѣжнаго послѣдствія такого разграниченія преступленій и проступковъ, въ лѣстницѣ наказаній образуется скачекъ, внезапный переходъ отъ проступковъ къ преступленіямъ, стоящій въ полномъ противорѣчіи съ постепеннымъ возвышеніемъ преступности и тѣми едва замѣтными оттѣнками ея, коими различаются между собою отдѣльные виды

преступныхъ дѣяній. Принявъ въ основу дѣленія преступныхъ дѣяній, на преступленія и проступки различіе въ родѣ наказаній, назначаемыхъ за дѣянія той и другой категоріи, уложеніе затѣмъ пытается уменьшить по возможности вредныя послѣдствія этого дѣленія тѣмъ, что рядомъ съ нормальнымъ наказаніемъ, принятымъ въ основу классификаціи, устанавливаетъ, на случай признанія судомъ наличности смягчающихъ вину обстоятельствъ, экстраординарное, болѣе мягкое по роду и мѣрѣ, наказаніе. Въ результатѣ различіе между преступными дѣяніями по размѣру угрожаемаго за нихъ наказанія сглаживается, такъ какъ, благодаря условно примѣняемымъ наказаніямъ, нерѣдко случается, что преступленія переходятъ въ классъ проступковъ, а проступки—въ классъ нарушеній. При всемъ томъ преступленіе остается, въ смыслѣ закона, таковымъ, несмотря на то, что влечетъ за собою наказаніе, положенное за проступокъ, а проступокъ остается таковымъ и въ томъ случаѣ, если облагается наказаніемъ, свойственнымъ полицейскому нарушенію, а это ведетъ къ тому, что караемое наравнѣ съ проступкомъ преступленіе тѣмъ не менѣе разсматривается, въ отношеніи покушенія на оное и давностнаго срока, какъ преступленіе; караемый наравнѣ съ нарушеніемъ проступокъ, въ отношеніи къ покушенію, соучастію, сроку давности, наказуемости при учиненіи его за границею,—разсматривается все таки какъ проступокъ. Но если, по мысли закона, все различіе между отдѣльными классами уголовно наказуемыхъ дѣяній сводится къ различіямъ въ наказаніи, то законъ становится въ противорѣчіе съ самимъ собою, какъ скоро въ отношеніи наказуемости преступное дѣяніе разсматривается то какъ проступокъ, то какъ нарушеніе, въ другомъ же отношеніи—какъ преступленіе или какъ проступокъ. Выводъ отсюда тотъ, что хотя неудобства такой лѣстницы наказаній, которая спускается скачками, не соотвѣтствуя постепенному пониженію преступности и могутъ быть по возможности уменьшены, тѣмъ не менѣе совершенное устраненіе ихъ оказывается невозможнымъ.

О ДѢЙСТВІИ УГОЛОВНЫХЪ ЗАКОНОВЪ ЗА ПРЕДѢЛАМИ ТЕРРИТОРІИ ГОСУДАРСТВА.

(*ст. 7—9 проекта редакціонной коммисіи*).

I.

Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, стр. 130 и слѣд.

Границы дѣйствія уголовнаго закона въ пространствѣ.

Вопросъ о предѣлахъ дѣйствія уголовнаго закона въ пространствѣ остается до настоящаго времени однимъ изъ спорныхъ въ наукѣ. Препятствіемъ къ выясненію вопроса служатъ съ одной стороны различіе въ опредѣленіяхъ какъ понятія преступленія, такъ и задачи, которую государство должно имѣть въ виду, осуществляя свою карательную власть, а съ другой стороны: трудность точнаго разграниченія юридической точки зрѣнія и соображеній уголовной политики. Воззрѣніе, не признающее иного ограниченія въ правѣ и обязанности государства карать преступленіе, кромѣ фактической для него невозможности подчинить виновнаго силѣ уголовнаго закона, это такъ называемое универсальное начало (Uniwersal-princip) нашло въ новѣйшей доктринѣ весьма немногихъ послѣдователей. Несравненно болѣе преобладающимъ является направленіе, стремящееся поставить карательную власть государства въ прочныя правовыя границы (Territorialitäts-princip, Personalitäts-princip oder Princip der activen Nationalität und Real-princip oder Princip der passiven Nationalität). Въ самой постановкѣ вопроса о пространственныхъ границахъ господства уголовнаго закона обыкновенно дѣлается та ошибка, что съ разрѣшеніемъ этого вопроса считаютъ разрѣшеннымъ и вопросъ о предѣлахъ карательной власти государства, тогда какъ эти два вопроса вовсе не тождественны. Die Grenzen der Strafgewalt und der Herrschaft des Strafgesetzes sind verschieden gezogen, wenn der Staat eine Strafgewalt in Bezug auf Verbrechen in Anspruch nimmt, die er nicht nach seinen eigenen Gesetzen, sondern nach denen eines fremden Staates straft. Gewiss kann das Gericht des Inlandes keine Handlung bestrafen, die nicht durch das Gesetz des Inlandes der diesseitigen Strafgewalt unterworfen ist, aber eine andere Frage ist die, wie weit der Staat seine Strafgewalt zu erstrecken

hat, eine andere die, ob der Staat für alle Fälle, in denen er eine Strafgewalt in Anspruch nimmt, nur die eigenen Strafgesetze oder ob und in welchen Fällen er das Strafgesetz des Auslandes für anwendbar erklären soll.

Что касается установленія предѣловъ *карательной власти* государства, то здѣсь спорнымъ пунктомъ представляется вопросъ: имѣетъ ли государство и въ какомъ объемѣ право карать преступленія, совершаемыя внѣ его территоріи, слѣдовательно, вопросъ о взаимоотношеніи карательной власти одного государства къ такой же власти другого государства.

Чтобы пріискать такой отвѣтъ на этотъ вопросъ, который могъ бы служить нормою для законодателя и критеріемъ самаго закона, необходимо принять за отправную точку современное европейское международное право. Съ точки зрѣнія сего послѣдняго, безспорнымъ представляется начало территоріальной юрисдикціи, въ силу котораго государство безусловно уполномочено пользоваться своею карательною властью лишь въ предѣлахъ его территоріи. Какъ слѣдствіе такого ограниченія карательнаго права государства предѣлами его территоріи, вытекаетъ для него обязанность не только воздерживаться отъ проявленія своей карательной власти на чуждой территоріи, но и не препятствовать правильному отправленію чужеземнаго правосудія. Территоріальное начало представляется безспорнымъ еще и въ томъ отношеніи, что государство вправѣ простирать свою карательную власть на всѣ преступныя дѣянія, учиненныя въ его предѣлахъ, совершенно независимо отъ того, является ли виновный подданнымъ этого государства или иностранцемъ: не признавать такого права за государствомъ значило бы отрицать его суверенитетъ.

Съ другой стороны, европейское международное право никогда не дѣлало изъ территоріальнаго начала того вывода, что государство не уполномочено подвергать преслѣдованію преступныя дѣянія, учиненныя внѣ его предѣловъ. Ни національность преступника или потерпѣвшаго, ни мѣсто совершенія преступленія не даютъ другимъ государствамъ права возражать противъ наказанія виновнаго, если только наказаніе это примѣняется во время нахожденія его въ томъ государствѣ, на его территоріи и согласно съ его законами. При отсутствіи какихъ либо общеобязательныхъ международныхъ нормъ касательно того, на какія изъ совер-

шаемыхъ за предѣлами государства преступныхъ дѣяній можетъ простираться его карательная власть, вопросъ этотъ разрѣшается положительнымъ законодательствомъ каждаго государства, которое въ семъ отношеніи пользуется полною автономіею. Такое взаимоотношеніе государствъ, въ силу котораго одно государство допускаетъ, чтобы подданные его подвергались дѣйствію уголовнаго закона другаго государства, не есть простое слѣдствіе верховной независимости каждаго государства, но покоится на той исторически сложившейся презумпціи, что отдѣльныя европейскія государства суть члены одного культурнаго цѣлаго (Culturgemeinschaft) и что отдѣльныя уголовныя законоположенія, несмотря на частныя различія, въ общемъ и существенномъ между собою сходны; по этому тамъ, гдѣ такое предположеніе общности и единства государствъ отсутствуетъ, препятствованіе другому государству наказывать подданныхъ, или даже и осуществленіе своей карательной власти на чужой территоріи не будетъ со стороны европейскаго государства нарушеніемъ территоріальнаго начала.

Защитники территоріальнаго принципа, не находя въ области международнаго права возраженій противъ права государства карать преступленія, совершаемыя внѣ его территоріи, отрицаютъ такое его право съ точки зрѣнія положительнаго законодательства, именно исходя изъ того положенія, что дѣяніе дѣлается преступнымъ и наказуемымъ на основаніи дѣйствующаго въ мѣстѣ его совершенія, а не иного какого-либо закона. Однако изъ этого положенія вытекаетъ лишь право преступника требовать, чтобы къ нему было примѣнено наказаніе по закону мѣста совершенія преступленія, а не выводъ, что въ виду этого государство будто бы вовсе не уполномочено наказывать совершенныя внѣ границъ его территоріи преступленія; это значило бы придавать принципу территоріальности значеніе, вполнѣ не соотвѣтствующее современному развитію международнаго права. „Mögen die Fragen des internationalen Privatrechts vielfach streitig und zweifelhaft sein, прибавляетъ авторъ, noch niemals hat man es unternommen das Territorialitäts-princip auf ihre Beantwortung in der Weise anzuwenden, dass man der im Auslande vollzogenen Handlung, lediglich als einer solchen, im Inlande rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit abgesprochen hätte".

Согласно территоріальному началу (въ томъ его объемѣ, насколько примѣненіе его соотвѣтствуетъ началамъ международнаго права) каждое государство получаетъ право преслѣдовать пре-

ступника за преступленіе, учиненное за границею, лишь съ момента вступленія его на территорію этого государства; поэтому оно не можетъ требовать выдачи преступника для наказанія, если такое право не возникло для него изъ договора съ другимъ государствомъ.

Дальнѣйшимъ условіемъ наказуемости дѣянія, учиненнаго за границею, является, по началамъ международнаго правоваго общенія, признаніе дѣянія наказуемымъ по законамъ обоихъ государствъ. Es kann die Handlung, die an dem Orte wo sie vollzogen eine straflose ist, den rechtlichen Werth einer straflosen Handlung nicht dadurch verlieren, dass der Handelnde später ein Gebiet betritt wo sie gesetzlich strafbar ist, ganz ebenso wie die im Auslande vollzogene Handlung, die dort zur Begründung eines beabsichtigten Rechtsverhältnisses ungeeignet war, hier nicht als eine dies Rechtsverhältniss begründende gilt, obwohl sie, wenn hier vollzogen, nach hiesigem Gesetze, dazu geeignet gewesen wäre. Сюда же относится отбытіе наказанія за то же преступленіе или погашеніе уголовной отвѣтственности по другимъ юридическимъ основаніямъ. „Die That hat aufgehört eine strafbare zu sein und kann dadurch dass der Thäter sich im Inlande betreten lässt, nicht wieder als strafbare aufleben."

Изъ того же положенія слѣдуетъ далѣе, что государство караетъ дѣянія, учиненныя за границею, по собственнымъ законамъ, а не на основаніи законовъ иностранной державы. Не говоря уже о затрудненіяхъ, кои возникли бы въ томъ случаѣ, если бы государство было обязано руководствоваться законами всѣхъ странъ, изложенный выводъ покоится на томъ прочномъ юридическомъ основаніи, что государство призвано примѣнять только тѣ законы, которые оно само, изданіемъ ихъ въ законодательномъ порядкѣ, признало соотвѣтствующими требованіямъ справедливости.

Принципіальное основаніе права государства наказывать преступника за учиненное имъ за границею преступленіе Hälschner видитъ въ томъ, что обязанность государства примѣнять уголовную кару возникаетъ изъ обнаружившагося въ преступномъ дѣяніи противорѣчія воли преступника правовой нормѣ, каковое отношеніе преступной воли къ нарушенной ею нормѣ государства существуетъ совершенно независимо какъ отъ мѣста учиненія преступленія, такъ и отъ свойства объекта посягательства. Dieses zu tilgende Verhältniss des Widerspruches wider das Recht haftet aber nicht

an dem Orte wo das Verbrechen verübt wurde, ebensowenig an dem Rechtsgute das verletzt erscheint, sondern lediglich an dem Willen aus welchem es entsprungen ist. Es war daher nicht eine Consequenz des Territorialitätsprincipes sondern die einer unrichtigen Auffassung des Verbrechens selbst, wenn man es als an den Ort der Begehung gebunden betrachtete und darum das Recht des Staates das im Auslande verübte Verbrechen zu strafen leugnete. Die im Auslande verübte strafbare That verliert den Werth und die Bedeutung einer solchen dadurch, dass der Thäter das diesseitige Staatsgebiet betritt, weder für das Ausland noch für das Inland. Es hat das Verbrechen im Inlande sein Dasein so lange der Verbrecher sich im Inlande aufhält und sein Wille noch ungebrochen im Widerspruche zum Rechte sich als geltender behauptet... Die Thatsache, dass der Verbrecher sich im Inlande als Glied unserer Rechtsordnung aufhält, und sie allein ist es, aus welcher das Recht des Staates zu strafen erwächst.

Что касается объема, въ какомъ государство можетъ и должно пользоваться своимъ правомъ преслѣдовать совершаемыя за границею преступленія, то вопросъ этотъ разрѣшается исключительно соображеніями цѣлесообразности преслѣдованія (das ist überhaupt nicht eine nach Principien sondern nur nach Rücksichten der Zweckmäs sigkeit zu beantwortende Frage).

Въ видѣ исключенія положительныя законодательства допускаютъ преслѣдованіе нѣкоторыхъ дѣяній, совершенныхъ за границею, хотя бы по иностраннымъ законамъ онѣ и не были облагаемы наказаніемъ. Обыкновенно впрочемъ это изъятіе изъ общаго правила о ненаказуемости дѣяній, не воспрещенныхъ въ мѣстѣ ихъ совершенія, ограничивается преступленіемъ государственной измѣны (hochverrätherische Angriffe), причемъ такое изъятіе оправдывается соображеніемъ, что здѣсь идетъ рѣчь о защитѣ самаго существованія государства, и потому оно вынуждено прибѣгнуть къ самооборонѣ, какъ скоро этой защиты ему не оказываютъ законы иностранной державы.

II.

Garraud, Précis de droit criminel, стр. 95 и слѣд.

На какія правонарушенія, учиненныя внѣ территоріи, можетъ простираться дѣйствіе французскаго закона.

Для теоретическаго разрѣшенія вопроса о предѣлахъ дѣйствія уголовнаго закона, авторъ предлагаетъ слѣдующія соображенія: уго-

ловное право покоится на двоякомъ основаніи: абсолютной справедливости и общественной пользѣ. Государство должно наказывать правонарушенія, учиненныя за границею, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда наказаніе, будучи *справедливымъ* само по себѣ, представляется *полезнымъ* въ видахъ охраненія государственнаго порядка.

Что касается французскаго законодательства, то code pénal 1791 г. проходитъ молчаніемъ преступленія, совершенныя внѣ территоріи. Code 3 брюмера IV года, въ ст. 11 содержитъ слѣдующее постановленіе: „tout Français qui s'est rendu coupable, hors du territoire de la République d'un délit auquel les lois françaises infligent une peine afflictive ou infamante est jugé et puni en France, lorsqu'il y est arrêté“, а согласно ст. 12 иностранцы подлежали преслѣдованію во Франціи, за преступленія, совершенныя за границею, если преступленія эти были направлены противъ безопасности Французскаго государства (crimes attentatoires à la sûreté de l'État français). Редакторы Code d'instruction criminelle исходили изъ того начала, что законъ уголовный прежде всего долженъ быть *территоріальнымъ*, причемъ въ примѣненіи этого начала они нашли возможнымъ допустить нѣкоторыя немногія весьма ограниченія, именно въ отношеніи дѣяній, подходящихъ подъ квалификацію crimes, и притомъ подъ условіями: 1) чтобы виновнымъ былъ французскій подданный, 2) чтобы потерпѣвшимъ отъ преступленія былъ французъ, 3) чтобы потерпѣвшимъ была заявлена жалоба, 4) чтобы виновный возвратился въ предѣлы Франціи и 5) чтобы онъ не подвергся уже до того судебному преслѣдованію заграницею. Уголовная репрессія являлась однакоже въ этихъ предѣлахъ слишкомъ узкою и практическія неудобства этой системы не замедлили обнаружиться особенно въ пограничныхъ департаментахъ, при той легкости, съ которою французы и иностранцы могли здѣсь переходить изъ одной страны въ другую. Законъ 27 іюня 1866 г., существеннымъ образомъ измѣнившій постановленія code d'instr. cr. касательно преслѣдованія преступленій, учиненныхъ за предѣлами Франціи, содержитъ въ семъ отношеніи нижеслѣдующія правила:

А. Въ отношеніи дѣяній, подходящихъ подъ классификацію *crimes*.

Здѣсь слѣдуетъ различать 2 категоріи: 1) crimes attentatoires à la sûreté de l'État (français), de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies natio-

nales ayat cours, de papiers nationaux, de billets de banque ayant cours (7, Jnst. cr.). Преступленія этой категоріи могутъ быть преслѣдуемы и судимы независимо отъ національности виновнаго, съ тою лишь разницею, что если преступленіе учинено французомъ, то послѣдній можетъ быть судимъ въ общемъ порядкѣ, т. е. заочно (par contumace) до его возвращенія во Францію; если же виновнымъ является иностранецъ, то необходимымъ условіемъ начатія преслѣдованія должно быть арестованіе виновнаго во Франціи (причемъ однако безразлично, будетъ ли виновный задержанъ по добровольной явкѣ его во Францію, или вслѣдствіе выдачи его иностранною державою). Кромѣ того иностранцы могутъ подлежать преслѣдованію во Франціи лишь за такія преступныя посягательства противъ безопасности французскаго государства, которыя являются нарушеніемъ постановленій международнаго права.

2) преступныя дѣянія, нарушающія *частный интересъ*, наказуемы во Франціи лишь при условіи учиненія ихъ французскимъ подданнымъ. Законъ 1866 г. не устанавливаетъ различія въ преслѣдованіи дѣяній смотря по тому, является ли потерпѣвшимъ французъ или иностранецъ, а равно не ставитъ преслѣдованіе въ зависимость отъ подачи потерпѣвшимъ заявленія. По мнѣнію автора, законъ этотъ оказывается узкимъ въ томъ отношеніи, что не допускаетъ преслѣдованія иностранцевъ за преступленія, учиненныя противъ француза внѣ предѣловъ Франціи, вслѣдствіе чего французское правительство должно ограничиться лишь изгнаніемъ иностранца въ подобныхъ случаяхъ, или выдачею его, въ случаѣ предъявленія о томъ требованія иностранною державою.

Б. въ отношеніи дѣяній, подходящихъ подъ понятіе délits.

Проступки, учиненные за границею Франціи, наказуемы лишь въ томъ случаѣ, если виновнымъ является французъ. Tout Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis (5, § 2, Jnst. cr.).

Это новое постановленіе (ни code брюмера IV года, ни code 1808 г. не установляли уголовной отвѣтственности за *проступки*, совершенные за границею) не дѣлаетъ никакого различія между проступками ни по *важности* ихъ, ни по *свойству* ихъ; безразличнымъ является также то, будетъ ли потерпѣвшимъ отъ пре-

ступленія французъ или иностранецъ, будетъ ли имѣть проступокъ характеръ политическій. Такъ напр. преступленія печати несомнѣнно наказуемы во Франціи, при учиненіи ихъ за границею. Заключительныя слова текста статьи, заимствованныя изъ прусскаго кодекса 1851 г., вносятъ условіе, ограничивающее примѣненіе общаго правила, именно: проступки должны быть наказуемы не только во Франціи, но и по законамъ мѣста ихъ совершенія. Къ внесенію этого ограниченія въ текстъ закона послужили слѣдующія соображенія: „1) De ce fait qu'un délit prévu et puni par la loi française est prévu et puni par la loi étrangère, il faut conclure qu'il s'agit d'un de ces actes que la morale universelle reprouve. Cette communauté de réprobation, qui est un signe de la gravité de l'infraction, motivera la poursuite en France; 2) La justice veut que le Français, qui a échappé à une peine en pays étranger pour une infraction qu'il a commise dans ce pays, n'échappe pas à la répression en rentrant en France; mais elle ne veut pas qu'il soit puni, parce qu'il rentre en France, alors que, s'il était resté en pays étranger, il aurait évité la répression; 3) Cette restriction amènera une réduction notable dans la poursuite des délits politiques et de presse, des délits fiscaux et de police etc. L'intérêt français se trouvant seul engagé à la répression de la plupart de ces délits, ils ne seront pas punissables en pays étranger; et ils ne le seront pas non plus en France, lorsqu'ils auront été commis hors de notre territoire".

При этомъ однако же нѣтъ необходимости, чтобы по иностранному законодательству опредѣлялось такое же или даже однородное наказаніе (identité ni même analogie dans la peine); достаточно, чтобы дѣяніе облагалось какимъ либо наказаніемъ. Процессуальная особенность въ преслѣдованіи преступленій, учиненныхъ за границею, заключается въ томъ, что преслѣдованіе можетъ быть начато *только* по предложенію государственнаго прокурора, а послѣднее въ свою очередь можетъ имѣть мѣсто въ случаяхъ подачи заявленія потерпѣвшимъ или оффиціальнаго сообщенія того государства, гдѣ совершено преступленіе.

Слѣдующія 4 правила относятся одинаково какъ къ crimes, такъ и къ délits, совершеннымъ внѣ территоріи:

I). Французъ не можетъ подлежать преслѣдованію за преступленіе, учиненное заграницею (за исключеніемъ однако преступленій, предусмотрѣнныхъ ст. 7 Code d'instr. crim.) до его возвраще-

нія въ предѣлы Франціи. Возвращеніе должно быть *добровольное.* Вслѣдствіе этого: 1) французское правительство не имѣетъ права требовать выдачи виновнаго въ совершеніи crime или délit, учиненныхъ заграницею (впрочемъ по разъясненію кассаціоннаго суда предъявленное экстрадиціонное требованіе не лишаетъ возвращеніе преступника его добровольнаго характера, если виновный изъявилъ согласіе на возвращеніе его во Францію для сужденія по законамъ отечества); 2) если виновный выброшенъ на берегъ Франціи кораблекрушеніемъ, онъ не долженъ подлежать уголовному преслѣдованію.

II. Субъектъ преступленія (французъ или иностранецъ) не можетъ подлежать судебному преслѣдованію во Франціи, за правонарушеніе, учиненное заграницею, если о немъ уже состоялся тамъ окончательный судебный приговоръ, по обвиненію въ томъ же *преступленіи.* „C'est à l' inculpé poursuivi à prouver, non le bien fondé de ce jugement, mais son existence". Признавая такое начало вполнѣ раціональнымъ, авторъ замѣчаетъ. „Lorsque l'État français a le droit de punir en France des infractions commises en pays étranger, le coupable se trouve sous la juridiction de la loi pénale française et de la loi étrangère et il a une sorte d' option entre elles, car, en restant à l' étranger, il est justiciable des tribunaux étrangers; en rentrant en France, il est justiciable des tribunaux français. Mais le tribunal le plus naturellement compétent est encore le tribunal étranger, puisque l' infraction a été commise à l' étranger: et c' est pour respecter le principe de la *souveraineté territoriale* de l'État étranger, que la loi française ne permet pas aux tribunaux français de revenir sur ce qui a été jugé par les tribunaux du lieu où l' infraction a été commise. Изъ того, что приговоръ иностраннаго суда долженъ быть *окончательный* (définitif) слѣдуетъ, что заочное осужденіе (condamnation prononcée par contumace) не можетъ быть при этомъ принимаемо въ соображеніе. Первоначальный проектъ настоящаго закона требовалъ, чтобы виновный, осужденный окончательнымъ приговоромъ иностраннаго суда, долженъ былъ кромѣ того доказать отбытіе имъ наказанія или что послѣднее погашено давностію. Авторъ высказываетъ сожалѣніе, что это условіе не удержано при окончательномъ редактированіи закона теперь, по смыслу закона, французъ, успѣвшій, до приведенія въ исполненіе состоявшагося о немъ въ иностранномъ судѣ окончательнаго приговора, бѣжать во Францію, пользуется тамъ полною безнаказанностію; съ одной стороны, подлежащія власти оказы-

ваются некомпетентными для приведенія въ исполненіе приговора иностраннаго суда, а съ другой, въ виду начала невыдачи соб ственныхъ подданныхъ, французское правительство не можетъ предоставить иностранной державѣ возможности привести приго воръ судебнаго мѣста въ исполненіе.

III. Французскіе суды примѣняютъ въ подобныхъ случаяхъ къ виновнымъ наказаніе *только* по законамъ Франціи. „La loi française suit, en effet, les Français à l' étranger pour régler leur capacité morale, comme le statut personnel règle leur capacité civile".

IV. При совершеніи преступленія во Франціи, три судебныя мѣста могутъ оказаться компетентными ratione loci: судъ мѣста жительства обвиняемаго, судъ мѣста его заарестованія и судъ мѣста совершенія преступленія. Эти три юрисдикціи сводятся къ двумъ — при совершеніи преступленія заграницею. Но такъ какъ судъ мѣста заарестованія виновнаго и судъ мѣста его жительства могутъ отстоять очень далеко отъ границы, что значительно усложнило-бы уголовный процессъ, то кассаціонный судъ можетъ, по заявленію прокурора или лицъ, участвующихъ въ дѣлѣ, передать дѣло для разсмотрѣнія въ одинъ изъ ближайшихъ къ мѣсту совершенія преступленія судовъ.

B) По отношенію къ нарушеніямъ (contraventions).

Ст. 2 закона 27 іюня 1866 г., не вошедшая въ code d' instr. crim., гласитъ: „Tout Français, qui s' est rendu coupable de délits et contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douane, ou de contributions indirectes, sur le territoire de l'un des États limitrophes, peut être poursuivi et jugé en France, d' après la loi française, si cet État autorise la poursuite de ses régnicoles pour les mêmes faits commis en France. La réciprocité sera légalement constatée par des conventions internationales ou par un décret publié au Bulletin des lois". Постановленіе это преслѣдуетъ одну цѣль: оградить интересы полиціи и фиска сосѣдней страны, въ видахъ полученія соотвѣтственныхъ услугъ по началу взаимности; оно допускаетъ только ограничительное толкованіе. Виновный въ подобномъ нарушеніи долженъ быть судимъ во Франціи на основаніи французскихъ законовъ, какъ это прямо указано въ текстѣ закона. Кромѣ того, по мнѣнію автора, хотя это и не выражено въ законѣ,—преслѣдованіе за исчисленныя въ упомянутой статьѣ нарушенія можетъ имѣть мѣсто лишь въ слу-

чаѣ добровольнаго возвращенія виновнаго въ предѣлы Франціи, притомъ если о немъ не состоялось до того окончательнаго судебнаго приговора иностраннаго суда.

III.

Haus, Principes généraux du droit pénal belge, изд. 1874 г., стр. 152 и слѣд.

Подвергая критической оцѣнкѣ существующія въ доктринѣ воззрѣнія по вопросу о примѣненіи уголовнаго закона къ дѣяніямъ, учиненнымъ за предѣлами территоріи, авторъ находитъ, что каждое изъ этихъ воззрѣній въ отдѣльности представляется слишкомъ исключительнымъ и потому несостоятельнымъ. Такъ, ученіе о территоріальности уголовнаго закона, отправляясь отъ территоріальности верховной власти государства, выводитъ отсюда, что и уголовный законъ, ею издаваемый, можетъ имѣть примѣненіе лишь въ предѣлахъ данной территоріи. Не подлежитъ сомнѣнію, что государство не можетъ осуществлять своего карательнаго права на территоріи другаго государства, но, примѣняя уголовную кару къ преступленіямъ, совершеннымъ внѣ его территоріи, государство пользуется своимъ карательнымъ правомъ *на своей территоріи*. Въ равной мѣрѣ неоспоримо и то, что уголовные законы одной націи не обязываютъ иностранцевъ, пребывающихъ заграницею, но въ тоже время сохраняютъ свою обязательную силу для соотечественниковъ повсюду, гдѣ бы послѣдніе ни находились. Нельзя также утверждать, что государству неподсудны преступленія, совершаемыя въ другомъ государствѣ, даже его подданными, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ общественный порядокъ является нарушеннымъ будто-бы исключительно въ этомъ послѣднемъ государствѣ. Во первыхъ преступленія эти могутъ быть направлены противъ учрежденій отечественнаго государства, а во вторыхъ, если даже онѣ заключаютъ въ себѣ посягательство противъ частныхъ лицъ или частной собственности, то и въ такомъ случаѣ присутствіе въ государствѣ лицъ, виновныхъ въ подобныхъ преступленіяхъ, не можетъ не быть признаваемо нарушающимъ общественное спокойствіе и безопасность. Противъ воззрѣнія, требующаго репрессіи всѣхъ дѣяній, противорѣчащихъ нравственному закону, безотносительно къ мѣсту ихъ совершенія, Haus выставляетъ то соображеніе, что законность наказанія, какъ средства соціальной защиты, не можетъ основываться един-

ственно на абсолютной справедливости, такъ какъ наказаніе должно сверхъ того представляться необходимымъ съ точки зрѣнія общественнаго самосохраненія и благосостоянія. Согласно началу личнаго подчиненія закону, послѣдній слѣдуетъ за подданнымъ всюду за предѣлы территоріи, а потому уголовный судъ является компетентнымъ даже въ преслѣдованіи лицъ, остающихся, по совершеніи ими въ предѣлахъ иностранной державы преступленія на ея территоріи. Но въ этомъ случаѣ государство вовсе не заинтересовано въ преслѣдованіи виновнаго, а тамъ, гдѣ соціальный интересъ не затронутъ, право уголовной репрессіи исчезаетъ. Четвертая система оправдываетъ примѣненіе уголовнаго закона къ дѣяніямъ, учиненнымъ за предѣлами государства, коль скоро наказаніе, будучи само по себѣ справедливымъ, вызывается соціальными требованіями. Слѣдуя этому воззрѣнію, надлежитъ признать за государствомъ право наказывать по своимъ законамъ и иностранцевъ, укрывшихся на его территоріи по совершеніи ими за границею преступленія. Но, замѣчаетъ авторъ, безусловная справедливость и соціальная необходимость наказанія не суть единственныя условія его законности. Такъ какъ преступленіемъ нарушается данный уголовный законъ, то очевидно, что примѣненіе послѣдняго является правомѣрнымъ лишь въ отношеніи тѣхъ лицъ, кои подлежали его дѣйствію въ моментъ совершенія преступнаго дѣянія. Уголовные законы страны не обязываютъ иностранцевъ, пребывающихъ въ другомъ государствѣ, и потому не могутъ поражать этихъ лицъ, если дѣяніе, признаваемое согласно ея законамъ преступнымъ, учинено послѣдними за границею. Находя по этимъ основаніямъ, что каждое изъ изложенныхъ воззрѣній, разсматриваемое въ отдѣльности, не выдерживаетъ критики, Haus видитъ раціональное разрѣшеніе вопроса о предѣлахъ дѣйствія уголовнаго закона въ комбинированіи различныхъ принциповъ, лежащихъ въ основѣ этихъ воззрѣній.

Уголовный законъ обязываетъ всѣ лица, находящіяся на территоріи государства, какъ его подданныхъ, такъ равно и иностранцевъ; но въ отношеніи послѣднихъ онъ является исключительно территоріальнымъ. Безъ сомнѣнія государство вправѣ подвергнуть иностранца, учинившаго за границею преступленіе, изгнанію изъ своихъ предѣловъ, но, примѣняя принципъ во всей его строгости, необходимо признать, что уголовные суды государства являются не компетентными для сужденія и наказанія иностран-

цевъ, какъ въ томъ случаѣ, если преступное посягательство было направлено противъ этого государства, такъ и въ томъ, если потерпѣвшими лицами являются его подданные. Оправдывать наказаніе иностранца въ первомъ случаѣ тѣмъ, что государство здѣсь пользуется правомъ законной самозащиты, нельзя, ибо такое право представляется правомъ естественнымъ, не имѣющимъ ничего общаго съ уголовнымъ правосудіемъ; точно также было бы ошибочнымъ выводить, во второмъ случаѣ, право государства наказывать иностранца изъ обязанности его оказывать защиту своимъ подданнымъ даже во время пребыванія послѣднихъ на чужой территоріи, ибо, какъ бы ни было справедливо и цѣлесообразно въ подобномъ случаѣ наказаніе само по себѣ, государство не вправѣ примѣнять къ иностранцу уголовный законъ, который не былъ для него обязателенъ въ моментъ совершенія преступленія. Но, будучи исключительно территоріальнымъ по отношенію къ иностранцамъ, уголовный законъ государства является съ личнымъ характеромъ въ отношеніи его подданныхъ; онъ остается обязательнымъ для нихъ, какъ гражданъ даннаго государства, даже въ предѣлахъ другой территоріи, до тѣхъ поръ, пока они не отрекутся отъ этого ихъ качества. Туземецъ, пребывающій заграницею, подчиняется здѣсь двумъ законамъ: закону своей родины и той страны, въ которой находится. Дѣлаясь временнымъ подданнымъ другой націи, онъ сохраняетъ, вмѣстѣ съ правами гражданина и обязанности, свойственныя этому состоянію. Государство должно имѣть право карать своихъ подданныхъ, нарушившихъ его законы во время пребыванія за границею тѣмъ болѣе, что оно не можетъ выдавать своихъ подданныхъ, укрывшихся въ его предѣлахъ, но это право наказанія возникаетъ для него лишь тогда, если уголовная репрессія оправдывается соціальнымъ интересомъ.

Общественный интересъ наказанія является очевиднымъ, когда рѣчь идетъ о преступленіяхъ, учиненныхъ за границею подданными государства противъ своего отечества. Интересъ общественный не зависитъ въ этихъ случаяхъ отъ возвращенія преступниковъ въ предѣлы отечества, такъ какъ по общему правилу, преступленія этого рода не наказуемы по закону мѣста ихъ учиненія: каждое государство, защищая свои собственныя учрежденія, не заботится объ учрежденіяхъ другихъ государствъ. Вопросъ ставится иначе, если преступное дѣяніе, учиненное за границею

подданнымъ государства, было направлено противъ подданнаго того же государства, такъ какъ преступленія общія подвергаются во всякомъ государствѣ преслѣдованію и, слѣдовательно, отечество преступника не является заинтересованнымъ въ наказаніи виновнаго, а затѣмъ и не можетъ считаться въ этомъ смыслѣ управомоченнымъ до того времени, пока виновный не вступилъ на его территорію. Въ послѣднемъ же случаѣ государство имѣетъ ничѣмъ неограничиваемое право наказанія преступника, безотносительно къ важности учиненнаго имъ правонарушенія, ибо на государствѣ лежитъ долгъ оказывать защиту своимъ подданнымъ, гдѣ бы послѣдніе ни находились. Точно также право государства наказывать подданнаго, совершившаго за границею преступленіе противъ личности или имущества иностранца, возникаетъ для государства лишь съ появленіемъ виновнаго на отечественной территоріи и если притомъ учиненное, а затѣмъ оставшееся ненаказаннымъ, преступленіе представляется настолько важнымъ, что присутствіе виновнаго способно породить тревогу или нарушить общественную безопасность и такимъ образомъ уголовная репрессія обусловливается здѣсь соціальнымъ интересомъ. Наконецъ, когда дѣйствія, учиненныя подданными государства внѣ его территоріи, были направлены противъ иностранной державы, то для того, чтобы отечественное государство имѣло интересъ, а слѣдовательно, и право уголовной репрессіи, необходимо, помимо двухъ указанныхъ условій, чтобы эти дѣйствія составляли посягательства противъ лицъ, облеченныхъ государственною властью или же противъ государственной собственности. Заговоры и посягательства, направленныя противъ политическихъ учрежденій націи, затрогиваютъ исключительно ея интересы и потому должны оставаться ненаказуемыми на территоріи другой націи.

Примѣненіе изложенныхъ началъ встрѣчается съ двумя ограниченіями, изъ коихъ одно имѣетъ за себя юридическое, а другое фактическое основаніе. Въ тѣхъ случаяхъ, когда государство является управомоченнымъ карать преступленія, учиненныя за границею, обвиняемые, чаще всего (исключеніе составляютъ преступныя дѣянія подданныхъ государства, направленныя противъ отечественныхъ учрежденій), имѣютъ возможность выбора между судимостью въ своемъ отечествѣ или иностранномъ государствѣ. Несомнѣнно, что каждая изъ двухъ юрисдикцій должна примѣнять законъ своей страны, но при этомъ приговоръ, произнесенный

одною юрисдикціею имѣетъ для другой значеніе rei judicatae (если только лицо осуждено не заочнымъ приговоромъ, par contumace ou par défaut) или не скрылось послѣ осужденія его, такъ какъ въ этихъ случаяхъ судъ, съ точки зрѣнія юрисдикціи другаго государства, какъ бы вовсе не имѣлъ мѣста, ибо примѣненіе правила non bis in idem не ограничено территоріальными предѣлами. Съ другой стороны, несправедливо было бы подвергать вторичному преслѣдованію лицо, невиновность котораго установлена въ другомъ государствѣ судебнымъ порядкомъ.

Государство, при осуществленіи своего карательнаго права, можетъ встрѣтиться съ фактическими препятствіями, устраненіе которыхъ не всегда лежитъ въ его власти, такъ какъ оно не можетъ принять непосредственнаго участія въ производствѣ слѣдственныхъ дѣйствій. Преслѣдованіе въ такихъ случаяхъ не можетъ считаться для государства обязательнымъ и законъ долженъ сдѣлать его факультативнымъ, поставивъ уголовное преслѣдованіе обвинительною властью въ зависимость отъ возможности установить фактъ преступленія и виновности лица.

IV.

Wächter, deutsches Strafrecht, стр. 83 и слѣд.

Замѣчая, что вопросъ о границахъ территоріальнаго примѣненія уголовнаго закона, составляющій предметъ такъ называемаго международнаго уголовнаго права, какъ въ теоріи, такъ и въ области положительнаго законодательства разрѣшается весьма различно, авторъ сводитъ всѣ существующія по этому предмету воззрѣнія (какъ теоретическія такъ и законодательствъ) къ 5 группамъ: 1) Дальше всѣхъ заходитъ то начало, которое можно охарактеризовать наименованіемъ Weltrechtsordnungsprincip, согласно которому всякое государство должно считаться уполномоченнымъ на примѣненіе уголовной кары къ каждому, съ его точки зрѣнія уголовно-наказуемому дѣянію, причемъ совершенно безразлично, гдѣ, кѣмъ и въ отношеніи кого таковое дѣяніе было совершено. Этотъ принципъ долженъ быть признанъ слишкомъ широкимъ, такъ какъ онъ простираетъ карательное право отдѣльнаго государства на такіе случаи, кои съ

правовымъ порядкомъ этого государства ничего общаго имѣть не могутъ (преступленія, совершаемыя иностранцами противъ иностранцевъ за границею). Это воззрѣніе находитъ себѣ весьма немногихъ защитниковъ въ теоріи и (одно время оно было принято кодексами Саксонскимъ и Брауншвейгскимъ) отброшено всѣми законодательствами. 2) Въ противоположную крайность впадаетъ такъ называемое территоріальное начало (Territorialitätsprincip), опредѣляющее уголовное владычество государство его границами (Grenzpfähle), такъ что, согласно сему воззрѣнію, силѣ карательнаго закона подлежатъ всѣ дѣйствія, учиненныя на территоріи государства, хотя бы какъ виновный, такъ и потерпѣвшій были иностранцами, и, наоборотъ, отъ него изъемлются всѣ дѣянія, имѣющія мѣсто внѣ границъ государства, хотя бы преступленіе было совершено подданнымъ этого государства и противъ его же подданнаго. Этотъ принципъ слишкомъ узокъ, не соотвѣтствуя природѣ вещей, и равнымъ образомъ считаетъ за собою немногихъ приверженцевъ. 3) Такъ называемый личный принципъ (Personalitätsprincip) пользуется защитою многихъ криминалистовъ. Согласно этому воззрѣнію, карательная власть государства должна распространяться не только на всѣ дѣянія, совершаемыя въ предѣлахъ его территоріи, но и на дѣянія, совершаемыя за границею, въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣянія эти учинены его подданными; дѣйствія же иностранцевъ заграницею, хотя бы даже таковыя были направлены противъ этого государства и его подданныхъ, не подлежатъ его юрисдикціи. Начало это покоится на правильномъ основаніи, но всетаки представляется слишкомъ узкимъ. Правильнымъ воззрѣніе это представляется во 1-хъ съ той стороны, что оно простираетъ карательную власть государства и на преступленія, совершаемыя заграницею подданными этого государства противъ отечественнаго государства или подданныхъ послѣдняго. Ибо обязанность подданныхъ каждаго государства уважать его законы не связана для нихъ съ пребываніемъ въ его предѣлахъ, какъ это утверждаютъ сторонники территоріальнаго принципа; подданные обязаны повиноваться отечественнымъ законамъ, гдѣ бы ни находились, а потому могутъ быть подвергаемы въ своемъ отечествѣ наказаніямъ за выше упомянутыя преступленія. Во 2-хъ, личное начало вполнѣ правильно простираетъ карательную власть государства и на тотъ случай, когда подданный этого государства совершаетъ за границею преступленіе противъ иностранца, такъ какъ, по началамъ

международнаго права, чужеземецъ признается правоспособнымъ, и права его подлежащими охраненію. Въ виду этого каждое государство обязано оберегать личность иностранца и его права отъ посягательствъ собственныхъ подданныхъ, насколько то представляется для него возможнымъ и вытекаетъ изъ международныхъ отношеній; такъ отсюда вытекаетъ для государства обязанность и вмѣстѣ съ тѣмъ право, не выдавая собственныхъ подданныхъ, подвергать ихъ за преступленія, учиненныя ими заграницею противъ иностранцевъ, уголовному преслѣдованію если дѣяніе признается по его *законамъ* уголовнонаказуемымъ. 4) Вполнѣ правильнымъ представляется, по мнѣнію Вехтера, начало, которое онъ называетъ принципомъ затронутаго правоваго интереса государства, Princip der betheiligten (angegriffenen) Rechtsordnung und (der betheiligten) Interessen des Staats überhaupt. На основаніи этого принципа карательная власть государства можетъ вообще имѣть примѣненіе при условіи: а) нарушенія его правъ и интересовъ или правъ его подданныхъ совершеннымъ преступленіемъ. Это можетъ имѣть мѣсто не только въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ осуществленіе государствомъ своего карательнаго права оправдывается принципомъ личнаго примѣненія закона (Personalitätsprincip), но и тогда, если преступленіе, учиненное за границею иностранцемъ, направлено противъ того государства или его подданныхъ. Послѣднее положеніе отвергается сторонниками личнаго и территоріальнаго принциповъ: они утверждаютъ, что государство въ подобномъ случаѣ не имѣетъ по отношенію къ иностранцамъ, очутившимся въ его власти, права уголовной репрессіи, такъ какъ иностранецъ за границею не подчиненъ дѣйствію законовъ другаго государства и такимъ образомъ правовой порядокъ этого государства является незатронутымъ (nicht betheiligt). Но, замѣчаетъ авторъ, каждое государство имѣетъ право требовать, чтобы его правовой порядокъ и права его гражданъ уважались; оно должно поэтому имѣть право, въ предѣлахъ возможности, оберегать эти права отъ всякихъ посягательствъ, хотя бы даже преступленіе было совершено за границею, но если приэтомъ представляется возможнымъ защитить эти права собственною силою и если вмѣстѣ съ тѣмъ эту защиту не приняло на себя отечество преступника, и б) если напротивъ того иностранецъ за границею совершаетъ преступленіе противъ иностраннаго государства или иностранца, то здѣсь вполнѣ отсутствуетъ какая либо связь факта съ правовымъ поряд-

коихъ другаго государства и послѣднее является въ этомъ случаѣ совсѣмъ непричастнымъ, а потому и не имѣетъ никакого полномочія къ вмѣшательству, а все, на что оно вправѣ,—это подвергнуть иностранца изгнанію или выдачѣ.

V.

Schwarze, der Wirkungskreis des Strafgesetzes betreffs der Zeit, des Raumes und der Personen, im Holtzendorffs Handbuche, стр. 31 и слѣд.

I. Примѣненіе закона къ дѣяніямъ, совершеннымъ на территоріи государства.

Признавая начало примѣненія уголовнаго закона какъ къ подданнымъ государства, такъ и къ иностранцамъ за совершенныя ими въ предѣлахъ его территоріи преступленія не требующимъ доказательствъ, авторъ останавливается лишь на вопросѣ о томъ, въ какомъ объемѣ долженъ имѣть примѣненіе уголовный законъ къ дѣяніямъ туземцевъ и иностранцевъ, направленнымъ противъ иностранной державы. Эгоистическій взглядъ античныхъ государствъ, ставившихъ подъ защиту государственной охраны исключительно собственные интересы, уступилъ мѣсто новѣйшему болѣе широкому воззрѣнію, явившемуся результатомъ сознанія международнаго единства цивилизованныхъ государствъ, по которому въ задачу государства, наряду съ охраненіемъ внутренняго правоваго порядка входитъ и попеченіе о нерушимости правоваго порядка въ другомъ государствѣ (если впрочемъ это послѣднее признается членомъ международнаго союза). Этому устарѣвшему взгляду обязанъ своимъ происхожденіемъ тотъ, дѣлаемый изъ территоріальнаго принципа выводъ, что законы каждой страны берутъ подъ свою защиту только туземцевъ и что по этому дѣйствіе уголовнаго закона не простирается на тѣхъ изъ пребывающихъ на территоріи государства туземцевъ или иностранцевъ, кои учинили здѣсь преступленіе противъ иностранной державы, или ея подданныхъ. Въ частности вопросъ о томъ, какъ далеко должно идти такое взаимное попеченіе государствъ о неприкосновенности правоваго порядка каждаго изъ нихъ, еще не разрѣшается этими соображеніями. Полное уравненіе наказуемости туземца за преступленія, направленныя какъ противъ своего отечества, такъ и противъ иностранной державы представлялось бы несправедливымъ въ

отношеніи наприм. политическихъ преступленій, въ виду различія политическихъ учрежденій отдѣльныхъ государствъ.

Такъ иностранецъ не можетъ быть наказанъ за государственую измѣну, въ виду того, что преступленіе это по самому существу своему предполагаетъ нарушеніе особаго долга вѣрности, и потому онъ можетъ подлежать наказанію лишь за нарушеніе обязанности воздерживаться отъ совершенія дѣйствій, направленныхъ противъ государства, защитою котораго онъ въ данное время пользуется. Компетенція государства по отношенію къ иностранцу прекращается съ удаленіемъ послѣдняго изъ его предѣловъ, но она снова востановляется въ полной силѣ, какъ скоро иностранецъ возвращается на территорію этого государства и чрезъ то дѣлается подчиненнымъ его юрисдикціи.

2. Наказуемость подданныхъ въ ихъ отечествѣ за преступленія, учиненныя ими за границею.

Если принять территоріальный принципъ въ смыслѣ ограниченія примѣненія карательнаго права государства (Inlandes) тѣми дѣяніями, кои были совершены на его территоріи, то онъ, въ связи съ началомъ невыдачи собственныхъ подданныхъ, логически приводитъ къ безнаказанности туземцевъ за дѣянія, совершенныя ими за границею, въ тѣхъ случаяхъ, когда виновные успѣли бы возвратиться въ отечество до суда надъ ними въ иностранномъ государствѣ. Такое положеніе вещей не соотвѣтствовало бы задачѣ каждаго цивилизованнаго государства содѣйствовать обезпеченію всеобщаго правоваго порядка, задачѣ—имѣющей въ основаніи своемъ не одинъ только нравственный долгъ, но и юридическую обязанность, на которой зиждется совмѣстное существованіе отдѣльныхъ государствъ. Преслѣдованіе въ этихъ случаяхъ собственныхъ подданныхъ, авторъ считаетъ *дополнительною* обязанностью государства въ области уголовнаго права. „Die Strafgewalt des Inlandes ist daher auch nicht eine abgeleitete, noch übt sie das Inland in Vertretung des Auslandes, sondern sie ist eine selbstständige, wenngleich eine subsidiarische und ergänzende; dies ist der leitende Gedanke bei Beurtheilung der concurrirenden Strafrechte des In und des Auslandes."

Эту обязанность нельзя, по мнѣнію автора, выводить изъ начала личнаго примѣненія закона (Personalitätsprincip). Мысль эту

Schwarze поясняетъ слѣдующимъ образомъ: „Die staatsrechtlichen Beziehungen umfassen allerdings den Inländer, um so zu sagen, als Inländer auch im Auslande und regeln seine politische Stellung daselbst; allein diese kommt bei den meisten Verbrechen nicht in Frage; letztere berühren nicht das Unterthanenverhältniss des Inländers." Не вытекая равнымъ образомъ изъ общаго начала ограниченія уголовной юрисдикціи государства предѣлами его территоріи, право преслѣдованія собственныхъ подданныхъ за совершенныя ими заграницею преступленія, какъ основанное на совершенно другомъ началѣ, именно началѣ международнаго общенія, требуетъ для своего осуществленія положительнаго предписанія закона. Wir läugnen daher, замѣчаетъ авторъ, dass das Sfrafgesetz des Inlands den Inländer auch im Auslande verpflichte, wenn diese Verpflichtung nicht durch eine besondere positive Vorschrift ausdrücklich ausgesprochen worden ist und sich daher nicht in dem ausländischen Verbrechen ein Bruch dieser besondern Verpflichtung ausdrückt".

Положительный законъ можетъ подчинять юрисдикціи государства преступленія, учиненныя за предѣлами его территоріи, и по другимъ основаніямъ, напр. если есть основаніе полагать, что преступленія эти останутся вовсе безнаказанными или наказаніе не будетъ соотвѣтствовать тяжести преступленія (если карательная власть другаго государства парализована связывающимъ его въ этомъ отношеніи международнымъ обязательствомъ, или если преступленіе совершено въ колоніи, въ средѣ дикихъ).

Нѣкоторые юристы и законодательства, отрицая вообще обязанность государства наказывать собственныхъ подданныхъ за совершаемыя ими за границею преступленія, признаютъ тѣмъ не менѣе компетентность отечественнаго государства въ отношеніи тѣхъ преступныхъ дѣяній, кои въ тоже время заключаютъ въ себѣ и нарушеніе долга вѣрности родинѣ; при этомъ обыкновенно ссылаются на то, что этотъ особый долгъ вѣрности отечеству продолжаетъ обязывать подданнаго и во время пребыванія его за границею. «Allerdings, замѣчаетъ Schwarze, ist hierbei darauf kein Gewicht zu legen, dass der Inländer im Auslande immer noch in gewissen Beziehungen sich des Schutzes des Inlands erfreut, und andererseits dass gewisse Staatsbürgerliche Verpflichtungen gegen das Inland auch im Auslande fortdauern. Denn es ist zuzugeben, dass für jenen Schutz der Gegensatz nicht grade in der Unterwerfung unter das inländiche Strafgesetz zu finden, und dass von jenen Verpflichtungen ebenso

wie von der Fortdauer privatrechtlicher Obligationen kein Schluss auf die Wirksamkeit der inländischen Strafgesetze im Auslande zu machen ist». Основаніемъ наказуемости въ такихъ случаяхъ должно, по мнѣнію автора, служить нарушеніе подданнымъ своихъ обязанностей гражданина по отношенію къ обществу, членомъ котораго лицо не перестаетъ быть и во время пребыванія за границею, въ силу чего не прекращается и его обязанность охранять неприкосновенность интересовъ отечества. «Nicht, weil das Strafgesetz ihm die Verpflichtung seiner Erfüllung «wie einen Strick um den Hals» auch im Auslande auferlegt, wird er gestraft, wenn er im Auslande gegen den Heimathsstaat delinquirt, sondern weil er seine Bürgerpflicht gegen den letzteren verletzt, von welcher er durch den Eintritt in das Ausland nicht befreit und nicht erst bei seiner Rückkehr in das Inland an der Grenze gleichsam wieder ergriffen wird». Въ виду различія воззрѣній на сущность политическихъ преступленій, представляется цѣлесообразнымъ точное означеніе въ самомъ законѣ тѣхъ изъ этого рода преступленій, за которыя допускается уголовное преслѣдованіе въ отечествѣ. Далѣе, нѣкоторые юристы и отдѣльныя законодательства изъ числа отрицающихъ право государства карать своихъ подданныхъ за преступленія, учиненныя ими за границею, въ видѣ исключенія устанавливаютъ наказуемость въ тѣхъ случаяхъ, когда объектомъ преступленія является подданный того же государства. Schwarze находитъ, что установленіе изъятія изъ общаго правила о ненаказуемости подобныхъ дѣйствій, единственно въ пользу лица потерпѣвшаго, не находитъ себѣ юридическаго основанія, такъ какъ свойствомъ лица очевидно не измѣняется юридическая природа преступленія. «Die *besondere* Treupflicht des Bürgers gegen den Heimathsstaat äussert sich nur in gewissen und bestimmten, überdies begrenzten, Beziehungen, deren Verletzung sich als Hochverrath, Landesverrath u. s. w. kennzeichnet; schon hier findet eine *allgemeine* Verpflichtung nicht statt;—noch weniger äussert sie sich aber in Bezug auf das Verhalten des Inländers gegen seine Landsleute... Ebensowenig kann aber aus dem Verhältnisse beider Personen als Mitglieder *eines* Gemeinwesens eine besondere Verpflichtung deducirt werden, deren Verletzung ebenso wie ein Treubruch gegen das Gemeinwesen sich darstelle. Endlich kann auch die Staatsgewalt im Inlande nicht gleichsam eine Obervormundschaft über dieses Verhältniss in der Weise ausüben, dass sie bei der Ruckkehr des Verbrechers ihn ausnahmsweise zur Verantwortung zöge.» Въ виду этого нѣтъ осно-

ванія дѣлать какое-либо различіе между совершенными заграницею преступленіями, смотря по тому, было-ли посягательство направлено противъ соотечественника или иностранца, подобно тому, какъ свойство личности потерпѣвшаго не играетъ никакой роли по отношенію къ преслѣдованію преступленій, учиненныхъ на территоріи государства. Изъ нѣмецкихъ законодательствъ однѣ съ оговоркою, другія безусловно признаютъ право государства наказывать своихъ подданныхъ за преступленія, совершенныя заграницею. Вышеизложенное резюмируется авторомъ въ слѣдующемъ выводѣ: Es stellt sich practich das Resultat vielmehr dahin, dass das Inland alle Verbrechen zu bestrafen befugt ist, welche von seinen Unterthanen begangen werden, und dass man unter Unterthanen hierbei sowohl ohne Rücksicht auf den Ort des Aufenthalts die *subditi perpetui*, als auch in Folge und während des zeitweiligen Aufenthalts im Inlande die *subditi temporarii* begreift.

3. *Наказуемость преступленій, совершенныхъ иностранцами за границею.*

Вопросъ о томъ, принадлежитъ ли государству право наказывать иностранцевъ за преступленія, совершенныя внѣ предѣловъ его территоріи, разрѣшается нѣкоторыми юристами и законодательствами (напр. Саксонскимъ) въ утвердительномъ смыслѣ на томъ, главнымъ образомъ, основаніи, что подобные случаи каждое отдѣльное государство можетъ разсматривать какъ посягательство противъ общегосударственнаго правоваго порядка. Большинство же юристовъ и законодательствъ высказываются въ пользу отрицательнаго разрѣшенія вопроса, исходя изъ той мысли, что ни территоріальный принципъ, ни принципъ личнаго примѣненія закона не допускаютъ такого расширенія области дѣйствія уголовнаго права; указывается при этомъ также на процессуальныя затрудненія, сопряженныя въ подобныхъ случаяхъ съ судебнымъ разслѣдованіемъ и примѣненіемъ закона мѣста совершенія преступленія. Защитники права каждаго государства наказывать иностранцевъ за преступленія, совершаемыя внѣ его предѣловъ, ставятъ однакоже условіемъ осуществленія этого права отказъ государства мѣста совершенія преступленія принять предложеніе выдачи преступника.

а) Преступленія противъ государства, совершаемыя внѣ предѣловъ его территоріи.

Изъятіе изъ положенія, что преступное дѣяніе, учиненное иностранцемъ заграницею, не подлежитъ уголовной юрисдикціи государства, допускается обыкновенно даже наиболѣе строгими послѣдователями территоріальнаго принципа въ отношеніи дѣяній, направленныхъ противъ этого государства (политическія преступленія). Такое изъятіе не можетъ быть основываемо на началѣ самообороны, такъ какъ здѣсь идетъ рѣчь не объ отвращеніи, путемъ наказанія, опасности угрожающаго посягательства, но о наказаніи дѣяній, уже относящихся къ прошедшему и потому утратившихъ опасный характеръ; основаніе такого права не можетъ быть выводимо и изъ отношеній естественнаго состоянія (Naturzustand), въ которыхъ находится государство къ иностранцу, такъ какъ въ естественномъ состояніи господствуетъ сила, а не уголовное право; несостоятельною оказывается и попытка основать такое право на полномочіи каждаго государства, въ видахъ поддержанія общаго правоваго порядка, заступать въ подобныхъ случаяхъ мѣсто иностраннаго государства относительно преслѣдованія преступника, такъ какъ законодательства допускаютъ сужденіе лица за дѣянія этого рода по собственнымъ законамъ, хотя бы лицо это уже понесло наказаніе въ другомъ государствѣ, причемъ отбытое заграницею наказаніе лишь зачитывается въ срокъ опредѣляемаго новымъ приговоромъ. Съ этой точки зрѣнія является совершенно непонятнымъ, почему государство, заступая лишь мѣсто другаго государства въ отношеніи преслѣдованія преступника, применяетъ однакоже свой собственный законъ, почему далѣе карательное право отечественнаго государства ограничивается только политическими преступленіями.

Основаніе такого права, по мнѣнію автора, слѣдуетъ видѣть въ правѣ каждаго государства требовать, чтобы его положеніе въ средѣ международнаго союза (Staatengemeinschaft) было обезпечено и чтобы посягательства на его безопасность разсматривались какъ нарушеніе общаго правоваго порядка (Rechtsfriedens); посему въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣянія, направленныя противъ него, оставляются государствомъ loci delicti ненаказуемыми, оно вправѣ подвергать таковыя уголовному преслѣдованію.

б) Преступленія, совершаемыя за предѣлами государства, противъ его подданныхъ.

Нѣкоторые юристы и законодательства (напр. Саксонское) распространяютъ карательное право государства и на преступныя дѣянія, совершаемыя иностранцами заграницею противъ подданныхъ этого государства. Основаніе къ такому изъятію нельзя видѣть въ томъ, что въ подобныхъ случаяхъ государство особенно заинтересовано въ преслѣдованіи преступника, такъ какъ и въ другихъ случаяхъ, гдѣ объектомъ преступленія является не подданный этого государства, оно можетъ быть не менѣе заинтересовано въ наказаніи виновнаго. Равнымъ образомъ, такое право *дополнительнаго* уголовнаго преслѣдованія за преступленія противъ подданныхъ государства не можетъ вытекать изъ его обязанности оказывать собственнымъ подданнымъ защиту, такъ какъ обязанность защиты этихъ лицъ уже лежитъ на государствѣ, въ предѣлахъ котораго они пребываютъ, а потому заступничество отечественнаго государства являлось бы скорѣе местью, чѣмъ справедливостью. Съ другой стороны, если иностранное государство оставляетъ подобные случаи безнаказанными, то отечество потерпѣвшаго можетъ позаботиться объ охраненіи своихъ интересовъ другими способами, напр. прерваніемъ дружественныхъ отношеній. Затѣмъ государство не имѣетъ права привлекать въ подобныхъ случаяхъ иностранца къ отвѣтственности предъ своимъ судомъ, ссылаясь на то, что подлежащія власти иностраннаго государства не нашли возможнымъ возбудить противъ него преслѣдованіе, такъ какъ это было бы посягательствомъ на суверенитетъ иностранной державы.

Всѣ изложенныя соображенія должны, по мнѣнію автора, привести логически къ выводу о необходимости космополитическаго расширенія области воздѣйствія карательнаго права каждаго государства на всѣ преступленія иностранцевъ, совершаемыя заграницею, съ такимъ лишь процессуальнымъ ограниченіемъ, которое усвоено Саксонскимъ законодательствомъ [1]), но не къ отрицанію такого права вообще, съ допущеніемъ немно-

---

[1]) Jedes Verbrechen im Auslande kann im Inlande zur Untersuchung gezogen werden, es bedarf jedoch zu derselben der Anordnung des Justizministern (art. 3. 5. Strafgesetzbuch von Sachsen).

гихъ изъ общаго правила исключеній для тѣхъ случаевъ, когда государство особенно заинтересовано въ преслѣдованіи преступника. Такое общее полномочіе государства преслѣдовать совершаемыя внѣ его предѣловъ преступленія проистекаетъ изъ лежащей на каждомъ государствѣ задачи охранять и поддерживать правовой порядокъ во всемъ мірѣ (Weltrechtsordnung). Если такое право государства отрицается, причемъ обезпеченіе наказуемости виновнаго, на случай невыдачи его, полагаютъ возможнымъ достигнуть путемъ международныхъ обязательствъ (Wächter, Strafrecht, стр. 137), то тѣмъ самымъ признается возможность взаимной передачи договаривающимися государствами ихъ права на наказаніе виновнаго, что трудно согласить съ тѣмъ принципіальнымъ отрицаніемъ права государства карать дѣянія, совершаемыя внѣ его территоріи, которое отстаивается защитниками территоріальнаго начала; вмѣстѣ съ тѣмъ государство въ такомъ случаѣ должно бы быть признано обязаннымъ опредѣлять виновному наказаніе по закону мѣста совершенія дѣянія.

4. Наказуемость иностранцевъ, принявшихъ подданство.

Если принятіе подданства имѣло мѣсто послѣ совершенія преступленія заграницею, хотя и до суда, то вопросъ о наказуемости дѣянія долженъ быть разрѣшенъ утвердительно. Въ этомъ смыслѣ разрѣшается вопросъ Саксонскимъ и Германскимъ кодексами.

5. Наказуемость участниковъ въ преступленіи, учиненномъ за границею.

Отрицаніе права государства наказывать предусмотрѣнныя его уголовнымъ кодексомъ дѣянія, въ случаяхъ учиненія таковыхъ иностранцами за границею, не влечетъ однако за собою оставленія безнаказанными дѣйствій соучастниковъ упомянутыхъ преступленій, какъ скоро таковыми являются подданные этого государства, ибо единственнымъ препятствіемъ къ примѣненію уголовной кары къ дѣйствіямъ главныхъ виновниковъ служитъ некомпетентность государства въ преслѣдованіи таковыхъ, чрезъ что дѣйствія эти, само собою разумѣется, не теряютъ своего уголовно-наказуемаго характера. Такимъ образомъ здѣсь оказывается непримѣнимымъ то положеніе, что соучастникъ въ преступленіи не наказуемомъ не можетъ подлежать уголовному

преслѣдованію. Далѣе могутъ быть разсматриваемы какъ преступленія, учиненныя на территоріи государства, дѣйствія, хотя и имѣвшія мѣсто заграницею, но преступныя послѣдствія коихъ наступили въ данномъ государствѣ (убійство на территоріи государства, произведенное помощію дѣйствій, учиненныхъ заграницею). Съ другой стороны такое предположеніе относительно locus delicti commissi можетъ имѣть въ результатѣ, что дѣйствіе, хотя совершенное на территоріи, но послѣдствіе коего наступило заграницею, не будетъ вовсе подлежать наказанію, если оно не наказуемо заграницею, или же повлечетъ для лица наказаніе лишь за покушеніе на преступленіе. Впрочемъ ненаказуемость дѣянія по законамъ иностранной державы можетъ и не имѣть значенія преюдиціальнаго вопроса для другаго государства, именно въ томъ случаѣ, если, по закону этого послѣдняго, дѣйствія виновнаго считаются наказуемыми сами по себѣ, безотносительно къ ихъ послѣдствіямъ. Другое рѣшеніе вопроса предлагаетъ 3-я статья уголовнаго кодекса герцогства Гессенскаго, которая гласитъ: «Strafbare Handlungen, welche ausserhalb der Grenzen des Grossherzogthums angefangen aber innerhalb derselben vollendet, oder innerhalb angefangen aber ausserhalb vollendet worden sind, werden ebenso betrachtet. als wären sie im Grossherzogthum angefangen und vollendet worden». Изложенныя соображенія примѣнимы и къ случаямъ продолжаемыхъ преступленій (fortgesetzten Verbrechen), если отдѣльныя самостоятельныя дѣйствія учинены въ разныхъ государствахъ.

6. Наказуемость нарушеній, учиненныхъ за предѣлами территоріи.

Объемъ наказуемости по отношенію къ дѣйствіямъ, учиненнымъ заграницею, ограничивается обыкновенно тѣмъ, что изъ числа таковыхъ изъемлются нарушенія (Uebertretungen). Вопросъ какой законъ (мѣста совершенія преступленія или территоріи) долженъ быть принятъ въ руководство при сужденіи о томъ, составляетъ ли данное дѣяніе нарушеніе или подходитъ подъ одну изъ важнѣйшихъ категорій наказуемыхъ дѣяній, разрѣшается нѣкоторыми писателями, напр. Баромъ въ смыслѣ отдачи предпочтенія закону мѣста совершенія преступленія, хотя бы въ другомъ государствѣ (Inland) таковое дѣяніе признавалось проступкомъ или даже преступленіемъ. Но Schwarze приходитъ къ противоположному выводу по слѣдующимъ основаніямъ: «wenngleich hier das

Gesetz des Auslandes dasjenige ist, welches zunächst verletzt worden überdies auch als das mildere sich darstellt, so kann doch der Fall der Straflosigkeit nach dem Gesetze des Auslandes nicht dem Falle der geringeren Strafbarkeit gleichgestellt werden. Das Gesetzbuch hat bei der Bestimmung bezüglich der Uebertretungen die geringfügige Bedeutung derselben fur die allgemeine Rechtsordnung berücksichtigt und daher betreffs ihren eine besondere von den übrigen hier massgebenden Normen losge löste Bestimmung ertheilt,—die „geringfügige Bedeutung kann aber das Gesetzbuch nur nach *seiner* Auffassung berücksichtigt haben,—ob das Ausland eine Handlung, welche das Jnland für ein Verbrechen oder Vergehen erachtet für eine Uebertretung erklärt kann für das Urtheil des Jnlandes über die Bedeutung der Handlung nicht massgebend sein."

7. Какой законъ долженъ быть примѣняемъ государствомъ по отношенію къ дѣяніямъ его подданныхъ, совершеннымъ за границею.

Въ этомъ случаѣ дѣяніе должно быть наказываемо по закону отечества преступника, такъ какъ осуществляемое государствомъ карательное право является хотя и вспомогательнымъ, какъ было выше замѣчено, но вмѣстѣ съ тѣмъ и самостоятельнымъ (zwar ein subsidiäres, aber doch ein selbstständiges, nicht ein abgeleitetes). На этомъ основаніи дѣяніе должно остаться безнаказаннымъ, если оно не обложено вовсе наказаніемъ по закону государства (Inland), или если наказуемость погашается (вслѣдствіе давности напр.), хотя бы въ тоже время дѣяніе это по закону мѣста его совершенія должно было повлечь за собою наказаніе. Съ другой стороны ненаказуемость дѣянія по закону мѣста его со вершенія освобождаетъ лицо отъ наказанія и въ его отечествѣ. Положеніе это является непослѣдовательностью въ смыслѣ теоріи личнаго примѣненія закона (Territorialitätsprincip), но оно оказывается вполнѣ правильнымъ изъятіемъ, какъ скоро преслѣдованіе подданнаго (Jnländers) ставится въ зависимость отъ наличности положительной нормы. Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ здѣсь идетъ рѣчь только о нарушеніи правоваго порядка иностраннаго государства, то понятно, что если послѣднее съ своей стороны не признаетъ дѣяніе правонарушеніемъ, отечество виновнаго должно также отказаться отъ примѣненія къ нему уголовной кары. Нѣсколько иначе вопросъ ставится, если наказаніе по иностранному кодексу представляется лишь болѣе мягкимъ.

Прусскій проектъ 1843 г. опредѣлялъ существенное различіе между обоими случаями слѣдующимъ образомъ: «wer Etwas am Orte der Handlung ganz straflos thue, glaube völlig sicher sein zu dürfen; wer aber etwas an sich Strafbares thue, habe das Bewusstsein des Unrechts; die Erwartung einer grösseren oder geringeren Strafe sei dabei Nebensache». Schwarze высказывается противъ такого разграниченія обоихъ случаевъ, на томъ основаніи, что лицо не можетъ быть лишаемо, на время пребыванія его въ другомъ государствѣ, тѣхъ льготъ, которыя ему предоставляются тамошнимъ правовымъ порядкомъ сравнительно съ отечественными законами, а потому отечество преступника не должно присуждать его къ наказанію, высшему противъ того, которое было бы ему опредѣлено по закону forum'a delicti, въ случаѣ привлеченія его къ отвѣтственности въ этомъ государствѣ. Далѣе, такъ какъ право привлеченія лица къ уголовной отвѣтственности принадлежитъ въ этомъ случаѣ государству loci delicti, которое не можетъ само осуществить своего права лишь въ силу начала невыдачи собственныхъ подданныхъ, то и наказаніе должно быть налагаемо то же самое, какъ если бы виновный былъ выданъ. Съ точки зрѣнія территоріальнаго начала, законъ иностраннаго государства долженъ имѣть примѣненіе безотносительно къ большей или меньшей строгости его сравнительно съ законами отечества преступника. Къ такому же выводу должны мы придти, если признавать, что государство въ этомъ случаѣ *заступаетъ мѣсто* державы, на территоріи которой учинено преступленіе. Примѣненіемъ болѣе мягкаго закона иностранной державы, государство вовсе не выражаетъ признанія несправедливости собственнаго закона, а только признаетъ для себя обязательнымъ общепринятое правило разрѣшенія случаевъ коллизіи законовъ. Ненаказуемость дѣянія по закону мѣста его совершенія не освобождаетъ лицо отъ наказанія въ его отечествѣ, если дѣяніе это было направлено противъ отечественнаго государства,—положеніе, признаваемое всѣми нѣмецкими законодательствами. Ст. 10 Баварскаго кодекса не принимаетъ въ соображеніе ненаказуемость дѣянія по иностранному кодексу «wenn die Handlung absichtlich um das Bayerische Strafgesetz zu umgehen ausserhalb des Landesgrenzen vorgenommen wurde». Прусскіе проекты 1846 и 1847 г.г. заключали въ себѣ также подобное постановленіе, но, замѣчаетъ Schwarze, нельзя основывать наказуемость дѣянія только на томъ, что совершеніе его въ данномъ мѣстѣ было разсчитано

на безнаказанность, а потому подобное дѣйствіе, учиненное въ обходъ отечественнаго закона, должно имѣть единственнымъ послѣдствіемъ—объявленіе его недѣйствительнымъ (für unwirksam).

8. Какой законъ можетъ быть примѣняемъ государствомъ къ дѣяніямъ иностранцевъ, учиненнымъ за границею?

Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда иностранецъ можетъ быть привлекаемъ къ уголовной отвѣтственности по поводу преступныхъ дѣяній, учиненныхъ имъ за границею, къ нему долженъ имѣть примѣненіе *исключительно* законъ loci delicti. При ненаказуемости дѣянія по закону государства (Inland), компетенція его сама собою отпадаетъ, такъ какъ оно осуществляетъ свою карательную власть, руководствуясь собственными узаконеніями, а не по представительству за другое государство. По мнѣнію Schwarze, иностранный законъ долженъ бы имѣть въ подобныхъ случаяхъ примѣненіе къ дѣяніямъ политическаго характера, хотя германское уложеніе требуетъ въ этомъ случаѣ примѣненія наказанія по собственному закону. Иностранный законъ долженъ имѣть здѣсь примѣненіе потому, что иностранецъ все время находился подъ дѣйствіемъ этого закона и нельзя отъ него требовать особаго долга вѣрности по отношенію къ чуждому для него государству.

Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ долженъ имѣть примѣненіе иностранный законъ, надлежитъ разумѣть законъ loci delicti commissi, а не той страны, противъ учрежденій или подданныхъ которой было направлено посягательство.

VI.

Ortolan, Élements de droit pénal, 1875 стр. 379 и слѣд.

Въ вопросы объ объемѣ дѣйствія уголовнаго закона и границахъ юрисдикціи входитъ, какъ составная часть ихъ, не только элементъ мѣста (совершено ли преступленіе на территоріи отечественной или иностранной), но также и элементъ личный (находятся ли виновный или потерпѣвшій къ государству въ отношеніяхъ подданства или нѣтъ). Старые юристы много спорили о томъ, представляется ли уголовный законъ территоріальнымъ или личнымъ; въ результатѣ явилась путаница словъ и понятій, заимствованныхъ изъ совершенно чуждой области права и только затемнившихъ

вопросъ, рѣшеніе котораго само собою вытекаетъ изъ основныхъ началъ уголовнаго права. Здѣсь необходимо прежде всего различать два случая, смотря по тому, учинено ли преступное дѣяніе на территоріи отечественнаго государства, или внѣ ея предѣловъ. Въ первомъ изъ этихъ случаевъ является несомнѣннымъ и неоспоримымъ то положеніе, что каждое государство имѣетъ право наказывать совершенныя на его территоріи преступленія, не дѣлая различій между собственными подданными и иностранцами. Не менѣе очевиднымъ является положеніе, что въ этомъ случаѣ государство примѣняетъ свои уголовные законы, какъ такіе, кои представляются ему необходимыми и справедливыми; если законы эти плохи, то они представляются не менѣе неудовлетворительными въ ихъ примѣненіи къ подданнымъ, какъ и относительно иностранцевъ. Такимъ образомъ въ отношеніи преступленій, учиненныхъ на территоріи государства, уголовный законъ является исключительно территоріальнымъ.

Что касается примѣненія уголовнаго закона къ дѣяніямъ, учиненнымъ внѣ территоріи, то въ этомъ отношеніи въ доктринѣ существуютъ двѣ радикально противоположныя теоріи. Согласно одной изъ этихъ теорій, всякое государство, во власти котораго находится виновный, имѣетъ право подвергнуть его наказанію, такъ какъ преступное дѣяніе остается таковымъ, гдѣ бы оно ни было совершено, и виновный—заслуживающимъ наказанія, гдѣ бы онъ ни нашелъ себѣ убѣжище. Одинъ изъ наиболѣе радикальныхъ защитниковъ этого начала, Pinheiro Ferreira выразилъ его въ слѣдующей категорической формулѣ:„Jamais extradition, mais punition de toute personne sur le territoire et d'apres la loi de ce territoire pour tous délits commis même au dehors (Cours de droit public, т. 2, стр. 32 и слѣд. 179 и слѣд.) Не трудно видѣть, что теорія эта является лишь послѣдовательнымъ выводомъ системы, основывающей право наказанія на абсолютной справедливости и вполнѣ устранившей условія его полезности и соціальной необходимости. Согласно другой теоріи, карательная власть государства ограничивается въ своемъ примѣненіи исключительно дѣяніями, учиненными на его территоріи; какъ только рѣчь идетъ о дѣяніяхъ, учиненныхъ за предѣлами территоріи, каковы бы ни были эти дѣянія, кто бы ни были виновные и потерпѣвшіе, подданные или иностранцы, каковы бы ни были обстоятельства, приведшія виновныхъ на территорію государства и какого бы рода жалобы ни были заявлены

государству по этому поводу, государство не имѣетъ карательнаго права. Теорія эта, опредѣляя карательное право государства его естественными границами, представляется неудовлетворительною какъ съ точки зрѣнія справедливости, такъ и со стороны необходимости или соціальной пользы. Не подлежитъ сомнѣнію, что государство не можетъ осуществлять свое карательное право на территоріи другаго государства, такъ какъ это противорѣчило бы верховной независимости каждаго государства. Вопросъ заключается лишь въ томъ, принадлежитъ ли право наказанія только тому государству, на территоріи коего учинено преступленіе, или же и другія государства раздѣляютъ вмѣстѣ съ нимъ карательную власть. Исходя изъ положенія, что право наказанія существуетъ для государства съ момента соединенія двухъ условій: справедливости наказанія (какъ скоро дѣяніе является нарушеніемъ нравственнаго закона) и соціальной необходимости, оправдывающей его примѣненіе, Ortolan находитъ, что, при учиненіи преступнаго дѣянія за границею, государство вообще не заинтересовано въ томъ, чтобы дѣяніе повлекло за собою уголовную кару, а потому для него въ этомъ случаѣ не возникаетъ права уголовной репрессіи. Тѣмъ не менѣе возможно предположить цѣлую массу условій, при которыхъ государство является заинтересованнымъ въ томъ, чтобы виновный понесъ заслуженное наказаніе: если дѣйствіе, хотя и учиненное за границею было направлено противъ этого государства, его безопасности или собственности; если оно было учинено противъ одного изъ подданныхъ этого государства, защита которыхъ лежитъ на его обязанности; если преступное дѣяніе учинено близъ границъ государства; наконецъ, если въ одномъ изъ предъидущихъ случаевъ преступникъ (будь онъ подданный или иностранецъ) вступилъ на территорію государства, гдѣ его присутствіе порождаетъ опасеніе за общественное спокойствіе, вслѣдствіе чего для государства важно успокоить общее волненіе и дать доказательство своего могущества въ борьбѣ съ преступленіемъ. Это право государства карать, при извѣстныхъ условіяхъ, преступныя дѣянія, совершенныя внѣ его территоріи, не можетъ быть разсматриваемо какъ уклоненіе отъ основныхъ началъ наказуемости, такъ какъ оно осуществляется примѣненіемъ тѣхъ же самыхъ началъ.

Если дѣяніе направлено противъ самаго государства, напр. противъ его внѣшней или внутренней безопасности, государственной собственности, государственныхъ учрежденій или вла-

стей, то прежде всего интересъ самосохраненія или соціальной безопасности служитъ для этого государства достаточнымъ побужденіемъ къ тому, чтобы подобныя дѣянія не оставались безнаказанными; въ этомъ случаѣ государство, противъ котораго направлено посягательство, несравненно болѣе заинтересовано въ наказаніи виновнаго, нежели государство мѣста совершенія преступленія; послѣднее можетъ отнестись къ преступному факту безучастно или даже являться соучастникомъ въ совершеніи онаго,— здѣсь все зависитъ отъ свойства дѣянія и характера взаимныхъ отношеній обоихъ государствъ. При этомъ соціальный интересъ остается затронутымъ одинаково, будетъ ли виновный подданнымъ государства, противъ котораго направлено посягательство, или иностранцемъ, находится ли онъ на территоріи этого государства или внѣ его предѣловъ. Cette présence du délinquant, замѣчаетъ авторъ, sur le territoire de l'Etat attaqué par le délit peut être de grande importance pour l'efficacité de la poursuite, mais ce n'est pas elle qui ouvre l'intérêt social, ni par conséquent le droit de punir. Напротивъ, если преступныя дѣянія, учиненныя за границею, были направлены противъ иностраннаго государства или противъ частныхъ лицъ, то присутствіе виновнаго на территоріи является необходимымъ условіемъ возникновенія права государства на примѣненіе уголовной кары. Cette présence, dans cette seconde hypothèse, n'est plus seulement de grande importance pour l'efficacité de la poursuite, c'est elle qui ouvre l'intérêt social et par conséquent le droit même de punir. При этомъ однако же, если рѣчь идетъ о такихъ дѣяніяхъ, кои, не будучи преступными съ точки зрѣнія нравственнаго закона, находятся лишь въ противорѣчіи съ государственными или спеціальными полицейскими законами того иностраннаго государства, на территоріи котораго онѣ учинены, присутствіе виновнаго на территоріи другаго государства не даетъ сему послѣднему права преслѣдовать его на основаніи своихъ уголовныхъ законовъ, такъ какъ въ этихъ случаяхъ виновность лица имѣетъ мѣстный характеръ (la culpabilité n'étant qu'une culpabilité localé). Hors du territoire où ils ont été commis, les délits politiques et ceux de police spéciale doivent donc être à l'abri de toute pénalité. Loin d'avoir à les poursuivre, les nations qui se respectent doivent se faire, au contraire, un devoir d'accorder asile aux réfugiés politiques de tous les partis, à la charge par ces réfugiés de s'abstenir en cet asile de tout acte d'hostilité contre des puissances amies; elles

doivent se faire un honneur de pourvoir même, autant que l'humanité l'exige et que les ressources financières de l'Etat le comportent, aux plus pressants besoins des réfugiés sur cette terre où l'hospitalité leur est donnée.“

Но даже дѣянія, противныя нравственному закону, при незначительной важности, утрачиваютъ внѣ территоріи мѣста ихъ учиненія, характеръ наказуемыхъ дѣяній, ибо преслѣдованіе ихъ не вызывается соціальнымъ интересомъ; въ самомъ дѣлѣ для того, чтобы одно присутствіе на территоріи лица, учинившаго незаконное дѣяніе за границею, было способно возбудить тревожныя опасенія въ обществѣ, создающія для государства право примѣненія уголовной кары, необходимо, чтобы учиненное дѣяніе представлялось само по себѣ довольно важнымъ; въ противномъ случаѣ соціальная необходимость въ наказаніи отсутствуетъ, а съ нею вмѣстѣ исчезаетъ и право уголовной репрессіи. То же различеніе дѣяній по важности ихъ должно, въ силу тѣхъ же основаній, имѣть примѣненіе и къ тѣмъ изъ учиненныхъ на чужой территоріи дѣяній, кои были направлены противъ даннаго государства (особенно это касается политическихъ преступленій, опасность которыхъ значительно уменьшается и даже совсѣмъ исчезаетъ, коль скоро онѣ совершаются за границею). Такимъ образомъ, чтобы выдѣлить тѣ изъ преступныхъ дѣяній, кои, съ точки зрѣнія справедливости и общественной пользы, должны быть облагаемы наказаніемъ, даже при учиненіи оныхъ за границею, необходимо принять въ соображеніе свойство и важность правонарушенія. Опредѣленіе того, какія правонарушенія должны, и при учиненіи ихъ за границею, вызывать уголовную репрессію со стороны другаго государства, не можетъ быть предоставляемо международнымъ соглашеніямъ, а должно быть сдѣлано въ самомъ законѣ. Карательная власть государства есть существенная составная часть верховной его власти. Ставить въ зависимость право уголовнаго преслѣдованія отъ существованія дипломатической конвенціи значило бы съ одной стороны умалять національный суверенитетъ, а съ другой—смотрѣть на наказаніе, какъ на услугу, оказываемую иностранной державѣ, тогда какъ оно можетъ имѣть своимъ основаніемъ только справедливость и общественную необходимость онаго въ интересахъ карающаго государства. Если вопросъ идетъ о собственномъ подданномъ, учинившемъ за границею преступленіе противъ отечественнаго госу-

дарства,—его присутствіе на отечественной территоріи не составляетъ необходимаго условія ни для возникновенія права наказанія, ни для начатія судебнаго преслѣдованія, которое, въ случаѣ неявки виновнаго по вызову въ судъ, можетъ быть заочнымъ (par contumace), но если подданнымъ совершено за границею преступленіе противъ частныхъ лицъ,—его возвращеніе и пребываніе на территоріи родины необходимы для начатія преслѣдованія, потому что единственно его присутствіе сообщаетъ уголовной репрессіи соціальный интересъ; въ самомъ дѣлѣ необходимость репрессіи вызывается въ этомъ случаѣ, кромѣ опасенія за общественное спокойствіе, еще и тѣмъ, что виновный могъ бы остаться неопредѣленное время на отечественной территоріи правительство, не имѣя права ни подвергнуть собственнаго подданнаго изгнанію изъ предѣловъ отечества, ни выдать его для суда и наказанія другой державѣ, было бы вынуждено терпѣть его присутствіе, не смотря на возбуждаемую имъ въ обществѣ тревогу. Отсюда видно, что право государства карать въ извѣстныхъ случаяхъ своего подданнаго за учиненное внѣ его территоріи преступное дѣяніе, выводится не изъ принципа личнаго примѣненія уголовнаго закона, а изъ требованій справедливости и самосохраненія государства.

Если преступленіе противъ государства учинено внѣ его территоріи иностранцемъ, то хотя право уголовной репрессіи и существуетъ для него абстрактно даже во время пребыванія виновнаго за границею, однако примѣненіе уголовной кары является здѣсь фактически невозможнымъ до тѣхъ поръ, пока иностранецъ не будетъ находиться во власти этого государства, вслѣдствіе задержанія его на территоріи государства или путемъ выдачи его иностраннымъ правительствомъ.

Если преступленіе, учиненное иностранцемъ за границею, было направлено противъ частнаго лица, то присутствіе виновнаго на территоріи другаго государства могло бы безъ сомнѣнія, при оставленіи его безнаказаннымъ, породить здѣсь тревогу за общественное спокойствіе и скомпрометировать карательную власть, но въ этомъ случаѣ государство можетъ обезопасить себя и помимо наказанія другими средствами, находящимися въ его распоряженіи: оно можетъ или выдать иностранца государству мѣста совершенія преступленія, или же подвергнуть его изгнанію изъ своихъ предѣловъ. Тѣмъ не менѣе возможны случаи,

въ которыхъ выдача или изгнаніе оказываются недостаточными въ смыслѣ удовлетворенія національныхъ интересовъ, а именно когда иностранцемъ учинено за границею одно изъ наиболѣе тяжкихъ преступленій противъ подданнаго государства На каждомъ правительствѣ лежитъ долгъ защиты своихъ подданныхъ даже за предѣлами государственной территоріи; если одинъ изъ этихъ подданныхъ сдѣлался жертвою преступнаго посягательства въ иностранномъ государствѣ, эта обязанность правительства и его дипломатическихъ представителей въ большей части случаевъ заключается въ томъ, чтобы путемъ собственнаго вмѣшательства, ходатайствъ предъ мѣстными властями или, смотря по мѣрѣ надобности, предъявленія соотвѣтственныхъ требованій, добиться наказанія преступника; но какимъ же образомъ спрашиваетъ авторъ, въ томъ случаѣ, если виновный иностранецъ находится на территоріи отечества потерпѣвшаго, внося своимъ присутствіемъ въ общество тревогу или дѣйствительную опасность, право этого государства можетъ быть низведено на степень простой возможности выслать преступника за границу или выдать его другому государству, которое, быть можетъ, оставитъ его безнаказаннымъ? Безъ сомнѣнія мѣры эти вполнѣ достаточны для тѣхъ случаевъ, когда рѣчь идетъ о преступленіи, учиненнымъ за границею иностранцемъ противъ иностранца или о преступныхъ дѣяніяхъ не большой важности; но какъ скоро совершено тяжкое преступленіе противъ одного изъ подданныхъ государства, ему должна быть предоставлена власть подвергнуть преступника-иностранца, задержаннаго на его территоріи, законному наказанію.

Такимъ образомъ, право примѣненія уголовной кары за экстратерриторіальныя преступныя дѣянія, если таковыя учинены иностранцами, возникаетъ для государства при наличности слѣдующихъ условій: 1) если преступное дѣяніе принадлежитъ къ числу наиболѣе тяжкихъ и 2) если подобное дѣяніе учинено относительно подданнаго государства; во всѣхъ прочихъ случаяхъ право изгнанія иностранца изъ своихъ предѣловъ, или право выдачи его могутъ служить вполнѣ достаточною соціальною гарантіею; если же законы страны обезпечиваютъ за иностранцами, наравнѣ съ собственными подданными, право не подвергаться ни изгнанію, ни выдачѣ, то государство имѣетъ по отношенію къ первымъ такое же право уголовной репрессіи, какъ и относительно

своихъ собственныхъ подданныхъ. Противъ примѣненія уголовныхъ законовъ государства къ дѣяніямъ, учиненнымъ внѣ его предѣловъ, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда виновнымъ является иностранецъ, нерѣдко приводится то соображеніе, что въ подобныхъ случаяхъ иностранецъ наказывается на основаніи такого закона, текстъ или самое существованіе коего ему неизвѣстны, и что поэтому здѣсь не приложимо правило: »невѣдѣніемъ закона никто отговариваться не можетъ.« Но, замѣчаетъ авторъ, иностранецъ, совершая преступленіе противъ лица другой національности, можетъ не знать въ точности постановленій уголовнаго закона этой націи, касательно совершаемаго преступленія, но онъ несомнѣнно сознаетъ, что совершаетъ дѣяніе преступное и заслуживаетъ за это наказанія; сомнѣваясь относительно свойства совершаемаго дѣянія, онъ могъ предварительно освѣдомиться о дѣйствующихъ въ другомъ государствѣ карательныхъ постановленіяхъ. Если съ перваго дня, съ перваго момента своего вступленія на территорію другаго государства, иностранецъ подлежитъ за всѣ свои поступки дѣйствію уголовныхъ законовъ этого государства, причемъ не спрашивается, знаетъ или не знаетъ онъ эти законы, то и находясь за границею онъ обязанъ, до совершенія какого либо дѣянія противъ подданнаго другаго государства, сообразить дѣйствующія въ этомъ государствѣ карательныя постановленія, имѣя въ виду возможность примѣненія ихъ къ нему въ будущемъ по поводу учиняемаго дѣянія, какъ бы онъ безъ сомнѣнія поступилъ при заключеніи гражданскаго договора съ иностранцемъ. Кромѣ того, такъ какъ иностранецъ подпадаетъ подъ дѣйствіе карательнаго закона и юрисдикціи другаго государства лишь по вступленіи на его территорію, онъ имѣетъ достаточно времени для того, чтобы обсудить послѣдствія, коихъ можетъ ожидать при появленіи своемъ въ отчествѣ жертвы преступленія.

Въ виду нерѣдко существующихъ различій между уголовною наказуемостію однихъ и тѣхъ же дѣяній по законодательствамъ мѣста совершенія преступленія и государства, примѣняющаго къ виновному уголовную кару, причемъ дѣяніе облагается въ одномъ государствѣ болѣе тяжкимъ наказаніемъ, или болѣе мягкимъ, или же признается вовсе ненаказуемымъ—возникаетъ вопросъ, какимъ правиламъ надлежитъ слѣдовать въ этихъ случаяхъ?

Общимъ принципомъ здѣсь должно быть то положеніе, что судебныя мѣста ни въ какомъ случаѣ не могутъ примѣнять ино-

го закона, помимо того, который дѣйствуетъ на территоріи. Каждый народъ имѣетъ свои собственные законы, имъ изданные и представляющіе извѣстныя особенности, и идея заимствованія или примѣненія чуждыхъ уголовныхъ законовъ безусловно противорѣчитъ природѣ уголовнаго права, являющагося частію внутренняго государственнаго права (partie du droit public interne). Вотъ почему нельзя, по мнѣнію автора, одобрить постановленія нѣкоторыхъ кодексовъ о томъ, что при различіи уголовныхъ законовъ двухъ государствъ, къ дѣяніямъ, учиненнымъ за-границею, имѣетъ примѣненіе всегда то изъ наказаній, которое представляется болѣе мягкимъ. Но затѣмъ представляется вопросъ: не слѣдуетъ ли признать, что въ самомъ законѣ государства должна быть допускаема особая наказуемость дѣяній, учиненныхъ внѣ его территоріи, въ соотвѣтствіе съ наказуемостію оныхъ по закону мѣста совершенія преступленія? Въ томъ случаѣ, если иноземный законъ представляется болѣе строгимъ, это усиленіе наказуемости, по общему признанію, не должно быть принимаемо въ разсчетъ. Если государство не находитъ справедливымъ или необходимымъ облагать данное дѣяніе болѣе строгимъ наказаніемъ, при учиненіи его на собственной территоріи, то еще болѣе основаній не возвышать наказаніе за то же дѣяніе, когда таковое учинено внѣ его предѣловъ. Если же иностранный уголовный законъ оказывается снисходительнѣе, особенно же если дѣяніе, учиненное на территоріи, гдѣ этотъ законъ дѣйствуетъ, признается имъ ненаказуемымъ, то было было бы несправедливо игнорировать значеніе обстановки преступленія, и общественнаго мнѣнія, вліяніе которыхъ должно быть принято въ соображеніе при оцѣнкѣ виновности лица. Вліяніе этихъ факторовъ не можетъ однако, въ глазахъ государства, пользующагося своимъ карательнымъ правомъ, вполнѣ уничтожить преступность дѣянія, которое имъ признается за безнравственное и опасное, такъ какъ въ противномъ случаѣ государство отреклось бы отъ опредѣленій собственнаго законодательства и своей карательной власти въ пользу иностраннаго закона; только индивидуальная сторона виновности преступника обязываетъ государство предоставить судьѣ болѣе широкія полномочія при опредѣленіи наказанія за преступныя дѣянія, учиненныя за границею.

Эти, вліяющія на виновность подсудимаго, обстоятельства могутъ имѣть еще болѣе сильное значеніе въ томъ случаѣ, если преступленіе совершено иностранцемъ, такъ какъ, кромѣ вліянія

нравовъ, обычаевъ и законодательства мѣста совершенія преступленія, при этомъ должно быть еще принято во вниманіе вліяніе, оказываемое условіями воспитанія этого лица. Но и здѣсь, какъ и въ предъидущемъ случаѣ, юридическое значеніе этихъ дѣяній ограничивается измѣненіемъ индивидуальной виновности лица. Нельзя конечно отрицать возможности отдѣльныхъ случаевъ, въ которыхъ, благодаря вліяніямъ чужеземныхъ нравовъ и законодательства, сознаніе преступности совершаемаго можетъ у дѣятеля отсутствовать, отчего виновность его совершенно устраняется, но тогда это уже будетъ вопросъ факта, и можетъ служить основаніемъ для прекращенія судебнаго преслѣдованія или произнесенія оправдательнаго вердикта.

VII.

Rohland, Das internationale Strafrecht, 1877 г., стр. 138 и слѣд.

Воззрѣніе, извѣстное въ доктринѣ подъ именемъ реальнаго принципа, представляетъ комбинацію теорій личнаго и территоріальнаго примѣненія уголовнаго закона; тогда какъ обѣ эти теоріи выводятъ карательное право государства исключительно изъ субъективной стороны преступленія, реальный принципъ, принимая за отправную точку фактъ нарушенія нормы въ ея реальномъ бытіи (Umstand des Verletztseins der inländischen Rechtsgüterwelt), основываетъ карательную компетенцію государства съ одной стороны на личномъ свойствѣ преступника (какъ постояннаго или временнаго подданнаго государства), а съ другой—на принадлежности государству предмета посягательства—извѣстнаго юридическаго блага (Rechtsgutes),—распространяя карательную власть государства и на иностранцевъ, пребывающихъ за границею. Теорія реальнаго принципа расчленяется на двѣ частныя теоріи, изъ коихъ первая ограничиваетъ понятіе принадлежащихъ государству юридическихъ благъ предѣлами его территоріи (Realprincip auf räumlicher Grundlage),—вторая же признаетъ юридическое благо принадлежащимъ государству и въ томъ случаѣ, когда таковое (напр. жизнь подданнаго этого государства) находится въ предѣлахъ другой территоріи (Realprincip auf staatlicher Grundlage, passives Nationalitätsprincip). Такое подраздѣленіе реальнаго принципа на два подвида обусловливается различіемъ въ опредѣленіи понятія—совокупность юридическихъ благъ. Der Begriff der inländichen Rechtsgüterwelt, поясняетъ авторъ, kann nun in zweifacher Weise aufgefasst werden: entweder als die Summe der auf einem Staatsgebiete befindlichen möglichen Verbrechensobjecte, oder als die Gesammt-

heit der dem Gemeinwesen und den Gliedern desselben angehörenden möglichen Verbrechensobjecte. Dem entsprechend gliedert sich das Realprincip in zwei Unterarten. Im ersteren Falle lässt es sich als auf *räumlicher* Grundlage, im letzteren als auf *staatlicher* ruhend bezeichnen.

Важнѣйшее практическое различіе между обоими воззрѣніями состоитъ въ томъ, что согласно второму воззрѣнію—преступленія противъ жизни, свободы и т. д. подданныхъ государства, пребывающихъ за границею, облагаются наказаніемъ даже при учиненіи ихъ иностранцами; первое же воззрѣніе не признаетъ въ этомъ случаѣ за государствомъ права уголовной репрессіи.

По мнѣнію Биндинга, придерживающагося перваго воззрѣнія, иностранецъ, совершающій преступленіе за границею, можетъ быть привлеченъ государствомъ къ отвѣтственности только тогда, если предметъ его посягательства находится въ предѣлахъ территоріи этого государства, внутри его правовой сферы, но не въ томъ случаѣ, если этотъ предметъ находится внѣ предѣловъ государства; подданный же государства, пребывающій за границею, составляетъ часть правоваго порядка отечественнаго государства только какъ *субъектъ правъ* (als Rechtssubject), но не какъ объектъ преступленія (nicht aber auch als Verbrechensobject), напр. объектъ убійства.

Разсматривая этотъ реальный принципъ со стороны его практическаго примѣненія, нельзя не замѣтить, говоритъ Rohland, что тѣ же неудобства (Uebelstände), которыя возникаютъ изъ личнаго принципа (Personalprincip), остаются отчасти и здѣсь. Пребывающій за предѣлами отечества туземецъ (Inländer) можетъ быть обокраденъ, ограбленъ, убитъ, и все таки для его отечества не возникаетъ отсюда права на наказаніе виновнаго иностранца, въ случаѣ вступленія послѣдняго на территорію государства; иностранецъ, виновный въ поддѣлкѣ за границею нашихъ денежныхъ знаковъ, не могъ бы подлежать отвѣтственности передъ однимъ изъ нашихъ судовъ, пока фальшивые знаки обращаются внѣ нашей территоріи, и право преслѣдованія виновнаго возникаетъ для государства только съ момента появленія поддѣланныхъ денежныхъ знаковъ на нашей территоріи; иностранка, которая вступаетъ въ бракъ съ туземцемъ или совершаетъ съ нимъ прелюбодѣяніе, завѣдомо о томъ, что онъ уже состоитъ въ бракѣ, должна остаться безнаказанною, хотя бы одно изъ этихъ преступныхъ дѣяній было учинено ею въ бли-

жайшей къ пограничной межѣ деревнѣ. Не признавать юридическія блага, носителемъ которыхъ является туземецъ, туземными и отказывать государству въ правѣ охранять таковыя отъ посягательствъ иностранца, какъ скоро послѣдній находится за границею, нѣтъ, по мнѣнію автора, основаній. Юридическія нормы стремятся отклонить или воспроизвести извѣстныя послѣдствія смотря по тому, представляется ли выражающееся въ этихъ послѣдствіяхъ измѣненіе юридическихъ благъ вреднымъ или полезнымъ. Такое послѣдствіе можетъ наступать только тамъ, гдѣ находится юридическое благо; если послѣдствіе наступаетъ за границею, то это значитъ, что юридическое благо было именно здѣсь. Иностранецъ, склоняющій нашего солдата, во время пребыванія нашихъ войскъ за границею, къ дезертированію, посягаетъ въ лицѣ послѣдняго на *наше* юридическое благо, но находящееся *за границею.* Точно также иностранецъ, который освобождаетъ или же укрываетъ, съ цѣлью избавленія отъ наказанія, нашего подданнаго послѣ того, какъ тотъ былъ выданъ нашимъ властямъ, или подстрекаетъ должностное лицо къ освобожденію преступника изъ подъ стражи, посягаетъ на *наше* юридическое благо, представителемъ котораго является должностное лицо; то же слѣдуетъ сказать и о томъ случаѣ, когда иностранный шкиперъ выходитъ въ море подъ нашимъ флагомъ. Такъ какъ во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ право туземнаго государства на наказаніе признается, въ томъ числѣ и Биндингомъ, безспорнымъ, то отсюда слѣдуетъ, что *не всякое* туземное юридическое благо теряетъ характеръ туземнаго и лишается охраны государства съ удаленіемъ его на чуждую территорію. Правда, въ означенныхъ случаяхъ говорилось о спеціальныхъ юридическихъ благахъ туземнаго общества (des inländischen Gemeinwesens), но и общія его юридическія блага, (die gemeinsamen Rechtsgüter), носителемъ коихъ является туземецъ, не теряютъ своего туземнаго характера съ переходомъ обладателей ихъ за пограничную черту. Отечественныя нормы не утрачиваютъ вполнѣ своего обязательнаго для подданныхъ государства характера во время пребыванія послѣднихъ за границею. Напр. въ случаѣ угрожающаго подданному преступленія на его соотечественникахъ лежитъ обязанность донести о томъ; иногда самая потребность въ извѣстномъ юридическомъ благѣ является только во время пребыванія лица внѣ его отечества. Такъ напр. государство печется о своихъ морякахъ, которымъ угрожаетъ

гибель въ иностранномъ морѣ, обязывая своихъ корабельщиковъ принимать, при извѣстныхъ условіяхъ, погибающихъ на корабль. Такимъ образомъ, спеціальныя нормы государства продолжаютъ охранять его общія юридическія блага, хотя бы послѣднія находились внѣ его территоріи. Можно было бы однако же отрицать необходимость уголовной защиты отечественнаго государства во время пребыванія его подданныхъ за границею на томъ основаніи, что юридическія блага, будучи, въ равной мѣрѣ, охраняемы нормами иностраннаго государства, утрачиваютъ свой исключительно туземный характеръ. Неправильность такой постановки вопроса обнаруживается, какъ скоро рѣчь идетъ о посягательствѣ на извѣстное юридическое благо государства, учиненномъ за границею его подданнымъ. Напр. въ приведенномъ выше случаѣ поддѣлки денежныхъ знаковъ отечественному государству пришлось бы карать виновнаго не за поддѣлку установленныхъ имъ для денежнаго обращенія кредитныхъ знаковъ, а за поддѣлку знаковъ, обращающихся за границею, но при нынѣшнемъ развитіи международныхъ сношеній и кредита всякія территоріальныя рамки для денежнаго обращенія падаютъ, а слѣдовательно, лицо, поддѣлывающее за границею и выпускающее тамъ въ обращеніе отечественные кредитные знаки, посягаетъ тѣмъ самымъ и на юридическое благо своего отечества.

Построеніе реальнаго принципа на пространственномъ основаніи приводитъ къ двоякаго рода несправедливости: теорія эта жертвуетъ интересами туземца въ ущербъ иностранцу, такъ какъ она налагаетъ на перваго обязанности по отношенію ко второму, но не обратно. Подданный государства, убивающій за границею лицо, не состоящее въ подданствѣ этого государства, подпадаетъ подъ его уголовную власть; иностранецъ же, убивающій туземца внѣ предѣловъ его родины, избѣгаетъ карательной власти этого государства. Согласно тому же принципу, государство въ извѣстномъ отношеніи обращается лучше съ подданнымъ, совершившимъ за границею преступленіе, чѣмъ съ тѣмъ, который самъ сдѣлался жертвою преступленія: если первому удается убѣжать, по совершеніи преступленія, на родину, то онъ не подвергается выдачѣ, въ тѣхъ видахъ, чтобы предоставить ему всѣ тѣ выгоды и льготы, которыхъ онъ можетъ ожидать отъ сужденія его по законамъ отечества; второй же лишенъ возможности прибѣгнуть къ защитѣ отечественнаго правосудія, хотя бы иностранецъ, совер-

шившій противъ него преступное дѣйствіе, находился на отечественной территоріи.

Далѣе, эта теорія преувеличиваетъ то значеніе, которое имѣетъ въ уголовномъ правѣ мѣстонахожденіе субъекта. Пока подданный находится на родинѣ, онъ, внѣ всякаго сомнѣнія, является какъ возможнымъ субъектомъ, такъ и возможнымъ объектомъ преступленія. Съ оставленіемъ имъ своей территоріи, въ его положеніи наступаютъ тѣ только измѣненія, которыя неизбѣжно обусловливаются перемѣною мѣстожительства. Какъ съ одной стороны подданный, находясь за границею, перестаетъ быть относительно своей родины возможнымъ субъектомъ преступленія въ тѣхъ случаяхъ, когда данное преступное дѣйствіе требуетъ присутствія дѣятеля именно въ мѣстѣ наступленія послѣдствій этого дѣйствія, или вообще на отечественной территоріи, точно также утрачиваетъ онъ качество возможнаго объекта преступленія и возможность пользоваться защитою отечества лишь поскольку извѣстныя преступныя посягательства, по самой природѣ ихъ, могутъ быть направлены исключительно на юридическія блага, находящіяся въ его отечествѣ.

Наконецъ, эта теорія совершенно оставляетъ безъ вниманія, что отношеніе господства (Herrschaftsverhältniss), въ которомъ находится государство къ своему подданному, представляетъ взаимное обязательство, въ которомъ обязанности подданнаго—повиноваться предписаніямъ уголовнаго закона—противополагается обязанность государства—оказывать своему подданному защиту мѣрами уголовной репрессіи. Если подданный, находясь за границею, обязанъ не посягать на юридическія блага иностранной державы, то съ другой стороны его отечество должно обезопасить его отъ посягательствъ иностранцевъ, должно воспрещать и карать таковыя. „Der Anspruch auf Schutz ist das Correlat der Pflicht zum Gehorsam.“ Эта лежащая на государствѣ обязанность защиты продолжается во все время пребыванія лица въ подданствѣ государства; обязанность эта, какъ и обязанность подданныхъ къ повиновенію, ограничена только временемъ, но не пространствомъ. Цѣлымъ рядомъ юристовъ (Villefort, Wächter, Pessina, Heinze) реальный принципъ поставленъ на почву государственности (auf staatlicher Grundlage), причемъ ими присвоивается государству право карать иностранца за посягательства на одно изъ принадлежащихъ этому государству юридическихъ благъ, хотя бы таковое

находилось внѣ предѣловъ территоріи. Въ частности писатели эти разсматриваютъ право государства наказывать иностранцевъ за преступленія, учиненныя ими противъ подданныхъ его за границею, какъ обязанность государства оказывать своимъ подданнымъ защиту въ подобныхъ случаяхъ.

Юридическимъ воззрѣніямъ прошлаго, при совершенно замкнутой жизни отдѣльныхъ государствъ и отсутствіи сознанія общности культурныхъ и правовыхъ интересовъ, могло соотвѣтствовать такое положеніе вещей, когда государство совершенно лишаетъ другое государство и подданныхъ послѣдняго своей охраны путемъ уголовной репрессіи, а съ другой стороны, само отказывается отъ права карать чужестранцевъ, учинившихъ преступленіе за предѣлами его территоріи. Увеличеніе точекъ взаимнаго соприкосновеніи отдѣльныхъ націй, какъ результатъ значительнаго развитія въ новѣйшее время международныхъ сношеній, привело государство къ сознанію, что на немъ по отношенію къ международному союзу лежатъ обязанности, подобныя тѣмъ, которыя имѣютъ отдѣльныя лица относительно государства. Съ другой стороны, развитіе международныхъ сношеній значительно расширило кругъ преступныхъ отношеній подданныхъ одного государства къ юридическимъ благамъ другаго, значительно облегчивъ совершеніе такихъ посягательствъ. Обязанность уважать чуждыя юридическія блага и осуществлять это уваженіе на дѣлѣ, заставила государство принять подъ свою уголовную охрану также и правовой порядокъ (Rechtswelt) иностранныхъ государствъ; для отдѣльнаго лица отсюда вытекла не только обязанность соблюденія нормъ своего государства, въ ихъ отношеніи къ чужимъ юридическимъ благамъ, но и обязанности по отношенію къ самимъ иностраннымъ государствамъ. Aus dem Werthe, den die internationale Gemeinschaft wie für den Staat, so auch für ihn (den Einzelnen) selbst besitzt, und aus seiner Fähigkeit, nachtheilig auf ausländische Rechtsgüter zu influiren, entspringt für ihn die Verbindlichkeit, nicht störend in die Rechtskreise fremder Staaten einzugreifen, nur von diesen erlaubte Beziehungen zu ihren Rechtsgütern anzuknüpfen. Er ist als Glied der menschlichen Gesellschaft gehalten, Angriffe auf solche zu unterlassen, wo er sie auch findet, verpflichtet somit zur Beobachtung der Normen nicht bloss seines Staates, sondern auch der anderen Staaten, soweit er zur Verletzung derselben fähig ist.

Если такимъ образомъ государство должно считаться управомоченнымъ требовать отъ иностранца соблюденія своихъ нормъ,

то вопросъ можетъ заключаться лишь въ опредѣленіи объема этого правомочія, а также въ томъ, не достаточно ли для государства той защиты его юридическихъ благъ, которую ему оказываетъ отчасти иностранное государство?

Государственное общежитіе покоится на извѣстныхъ началахъ, представляющихъ для него имущественную цѣнность и охранять цѣлость которыхъ, заботится о ихъ дальнѣйшемъ развитіи и умноженіи составляетъ для государства условіе его существованія. Оно ручается за цѣлость и развитіе (Förderung) этихъ благъ, давая имъ юридическую защиту своихъ велѣній и запретовъ и санкціонируя эту защиту посредствомъ уголовной угрозы, вслѣдствіе чего эти начала возвышаются на степень юридическихъ благъ (Rechtsgütern). Если представить себѣ настолько изолированное государство, что ни одна составная часть его юридическаго порядка (Rechtswelt) не находится внѣ его территоріи и ни одна составная часть чужаго юридическаго порядка внутри его территоріи, представить себѣ государство, не доступное извнѣ для посягательствъ на его юридическія блага, подданные котораго неспособны къ воздѣйствію (zu influiren) на блага другихъ обществъ (Gemeinwesen), то такое государство совершенно выполнило бы свою задачу, ограничиваясь охраною только собственныхъ юридическихъ благъ и обязывая только своихъ подданныхъ къ соблюденію собственныхъ запретовъ и предписаній. Какъ скоро однако такое государство вступаетъ въ международный союзъ, кругъ его дѣйствій расширяется въ двоякомъ направленіи: съ одной стороны, объемъ юридическихъ благъ, для обезпеченія коихъ государство издаетъ нормы, распространяется также и на чужія юридическія блага; съ другой стороны, въ кругъ лицъ, на которыхъ государство, въ интересахъ собственныхъ юридическихъ благъ, налагаетъ обязанности, привходятъ и не его подданные. Такая перемѣна во взаимныхъ отношеніяхъ государствъ, вытекая изъ международнаго общенія, находитъ въ немъ же и свои рамки; именно, во первыхъ въ различіи юридическихъ благъ, къ которымъ у государства возникаетъ отношеніе, а затѣмъ, въ интенсивности стѣсненій свободы, которыя она можетъ налагать. Государство вправѣ сдѣлать собственное существованіе вполнѣ обезпеченнымъ и на этомъ основаніи вправѣ воспрещать посягательства на тѣ юридическія блага, которыя являются у него общими съ другими государствами, и притомъ наравнѣ съ посягательствами на блага, составляющія его исключительную

собственность. Затѣмъ государство беретъ подъ свою защиту область правъ другихъ государствъ лишь въ предѣлахъ, требуемыхъ условіями международнаго общенія. Сообразно этому государство воспрещаетъ своимъ подданнымъ посягательства лишь на общія у него съ другимъ государствомъ юридическія блага, но не на спеціальныя блага другаго государства, такъ какъ послѣднія образуютъ условія индивидуальнаго правоваго существованія (Sonderexistenz) этого государства.

Отдѣльные виды юридическихъ нормъ содержатъ различныя по своей степени ограниченія свободы индивида. Государство, расширяя кругъ дѣйствія своихъ нормъ, въ видахъ охраненія его собственныхъ юридическихъ благъ, находящихся за границею или принадлежащихъ другому государству, должно позаботиться также о томъ, чтобы не стѣснить, какъ своихъ подданныхъ, пребывающихъ за границею, такъ и иностранцевъ. Das Mass der Freiheitsbeschränkungen, welche der Staat seinen Unterthanen gegenüber ausländischen Rechtsgütern und fremden Unterthanen gegenüber seinen eigenen Rechtsgütern auferlegt, bestimmt sich jedoch nicht bloss durch die Rücksicht auf die Bedürfnisse seines und fremder Gemeinwesen, sondern auch durch die Rücksicht auf die berechtigten Ansprüche sowohl seiner wie fremder Unterthanen, in ihrer Freiheitssphäre nicht allzu sehr beeinträchtigt zu werden. Er muss sich daher damit bescheiden, wo er fremde Güter und Unterthanen in seinen Wirkungskreis hineinzieht, bloss die wichtigsten Zwecke zu verfolgen und möglichst geringe Anforderungen an den Verpflichteten zu stellen. Поэтому государство должно дѣлать обязательными какъ для иностранцевъ (въ отношеніи собственныхъ юридическихъ благъ), такъ и для своихъ подданныхъ (въ отношеніи чужеземныхъ юридическихъ благъ) тѣ лишь изъ своихъ нормъ, коими воспрещается учиненіе преступныхъ и особо опасныхъ (gefährdende) дѣйствій, и въ этихъ только случаяхъ должно обѣщать непосредственную защиту (unmittelbaren Schutz) съ своей стороны; но оно не можетъ обязывать ни своихъ подданныхъ, въ интересахъ иноземнаго правоваго порядка, ни подданныхъ другихъ государствъ въ интересахъ этихъ послѣднихъ, къ несовершенію такихъ дѣйствій, кои, имѣя лишь отдаленное отношеніе къ правовымъ благамъ, облагаются государствомъ наказаніемъ только какъ вообще опасныя дѣйствія (wegen ihrer regelmässigen Gefährlichkeit), такъ же какъ не можетъ требовать, чтобы лица эти предпринимали такія дѣйствія, изъ которыхъ вытекаютъ какія-либо юридическія

блага. Защита государства дѣлается въ такихъ случаяхъ условною (mittelbar), примѣняясь только тогда, когда иноземныя юридическія блага, своимъ переходомъ въ область этого государства, пріобрѣли характеръ туземныхъ благъ, совершенно такъ же, какъ обязательность для иностранца всѣхъ велѣній и запретовъ государства наступаетъ только съ того момента, когда онъ по какимъ либо особымъ условіямъ, вступаетъ съ этимъ государствомъ въ болѣе тѣсное соотношеніе, но не въ то время, когда онъ находится за границею. Такъ напр. государство не обязываетъ иностранца доносить о преступленіи, угрожающемъ туземцу (Inländer), не обязываетъ иностраннаго корабельщика принимать на корабль туземныхъ моряковъ, находящихся въ безпомощномъ положеніи, хотя бы корабль этотъ направлялся въ туземную гавань; далѣе, оно не обязываетъ иностранца воздерживаться отъ совершенія дѣйствій вообще небезопасныхъ, напр. не травить собаками людей, не стрѣлять въ мѣстности, посѣщаемой людьми, не ввозить или не провозить контробанды; въ послѣднемъ случаѣ государство должно довольствоваться только мѣрами полицейскаго характера, конфискаціею.

Такимъ образомъ, со вступленіемъ государства въ международный союзъ, объемъ дѣйствія его уголовныхъ законовъ расширяется, но съ другой стороны оно отрѣшается отъ своей обособленной природы (giebt er seine exclusive Natur auf), такъ какъ его юридическія блага и его подданные съ этого времени подлежатъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, воздѣйствію со стороны другихъ государствъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ юридическое воздѣйствіе государства въ области правоваго порядка теряетъ въ своей интенсивности, такъ какъ отнынѣ государство защищаетъ свои юридическія блага уже *не противъ всѣхъ* лицъ, способныхъ къ нарушенію таковыхъ, и обязываетъ своихъ подданныхъ дѣйствовать въ интересахъ *не всѣхъ* юридическихъ благъ, которыя его касаются.

Сравненіе обязанностей повиновенія запретамъ государства, лежащихъ на иностранцѣ и туземцѣ, пребывающихъ заграницею приводитъ къ установленію слѣдующаго различія между ними: первый обязанъ исполнять нормы, государства (inländischen Normen), насколько таковыя направлены на охраненіе юридическихъ благъ этого государства; второй, кромѣ этихъ нормъ, обязательныхъ для иностранца, обязанъ соблюдать и всѣ другія нормы отечественнаго государства, насколько онъ не сдѣлался,

вслѣдствіе разрыва мѣстной связи его съ родиной, неспособнымъ къ нарушенію извѣстныхъ нормъ субъектомъ; въ тоже время государствомъ возлагается на него обязанность, вытекающая изъ начала международнаго общенія,—исполнять тѣ нормы отечественнаго государства, которыя касаются юридическихъ благъ иностранной державы. Обязанность перваго соблюдать нормы государства внѣ предѣловъ послѣдняго вытекаетъ изъ принадлежащаго государству права воспрещать каждому посягательство на свои юридическія блага. Обязанность эта является такимъ образомъ *общею* обязанностію, лежащею на каждомъ членѣ человѣческаго общества. Наказуемость же подданнаго государства, пребывающаго заграницею только отчасти покоится на общей обязанности послушанія (Gehorsampflicht), главнымъ же образомъ вытекаетъ изъ особаго долга, возникающаго изъ тѣхъ отношеній, въ которыхъ онъ находится къ отечественному государству.

Руководящимъ принципомъ для уголовной юрисдикціи (Straf competenz) государства служитъ слѣдующее положеніе: государство облечено правомъ карать (ist strafberechtigt) всѣ посягательства на его собственныя юридическія блага и тѣ изъ посягательствъ на юридическія блага другихъ обществъ, которыя совершаются его подданными. Необходимымъ для сего условіемъ является принадлежность туземному государству юридическаго блага, составляющаго предметъ посягательства (въ моментъ наступленія послѣдствій преступнаго дѣянія) и виновника преступленія (въ моментъ совершенія таковаго). Въ первомъ случаѣ источникомъ карательнаго права государства является принадлежность ему юридическаго блага, а во второмъ—принадлежность государству личности преступника.

ВЫДАЧА ПРЕСТУПНИКОВЪ.

(ст. 11 проекта редакціонной коммиссіи).

а) по вопросу о выдачѣ собственныхъ подданныхъ.

I.

Calvo, Le droit international théorique et pratique, изд. 1880 г. стр. 405 и слѣд.

Правило, въ силу котораго государство не выдаетъ своихъ гражданъ (nationaux) усвоено большинствомъ законодательствъ.

Такъ ст. 30 ч. 2-я Баварскаго уголовнаго кодекса гласитъ, что ни одинъ Баварскій подданный не можетъ быть выданъ иностранному государству для суда и наказанія. Ст. 501 уголовнаго кодсоса Великаго Герцогства Ольденбургскаго, ст. 6-я Вюртембергскаго кодекса, ст. 206 конституціи герцогства Брауншвейгскаго, параграфы конституціи великаго герцогства Баденскаго воспрещаютъ равнымъ образомъ выдачу туземцевъ. Въ Швейцаріи ст. 192 федеральнаго закона 24-го Іюля 1852 г. постановляетъ, что въ выдачѣ гражданъ (ressortissants) кантона или лицъ, тамъ поселившихся, можетъ быть отказано, если кантонъ приметъ на себя обязательство подвергнуть ихъ суду и наказанію на основаніи своихъ законовъ или заставитъ отбыть наказанія, къ которымъ они уже ранѣе были присуждены. Договоръ съ Англіею, заключенный въ мартѣ 1874 г., содержитъ кромѣ общей формулы, что ни одна изъ договаривающихся сторонъ не будетъ обязана къ выдачѣ собственныхъ подданныхъ, еще дополнительное постановленіе о томъ, что ни одинъ швейцарецъ не будетъ выданъ Швейцарскимъ союзомъ и ни одинъ англійскій подданный Англіею. Во Франціи министерская инструкція 5-го Апрѣля 1841 г. подтверждаетъ тоже начало: „les puissances ne consentent pas à livrer leurs nationaux". Соединенные Штаты, согласно съ требованіями своего законодательства о томъ, чтобы преступленіе судилось въ мѣстѣ его совершенія, въ продолженіи многихъ лѣтъ исключали изъ договоровъ о выдачѣ условіе относительно невыдачи собственныхъ подданныхъ; но необходимость взаимности въ концѣ концовъ заставила ихъ принять это изъятіе; равнымъ образомъ, изъятіе въ пользу собственныхъ подданныхъ усвоено нѣкоторыми изъ государствъ Южной Америки и вошло въ заключенные ими договоры о выдачѣ. Но въ договорѣ отъ 14-го Іюня 1865 г. между Аргентинскою республикой и Уругваемъ встрѣчается постановленіе въ нѣсколько иномъ смыслѣ, а именно: si le coupable réclamé était citoyen de la nation à laquelle on le réclame et sollicitait sa non-extradition en s'engageant à se soumettre aux tribunaux de son pays, son gouvernement ne sera pas obligé à l'extradition et le coupable sera jugé et la sentence prononcée par les tribunaux du pays... Эта оговорка такимъ образомъ допускаетъ, съ нѣкоторыми ограниченіями, выдачу согражданъ, но она затѣмъ не вошла ни въ одну изъ конвенцій объ экстрадиціи, заключенныхъ Аргентинскою республикою съ другими государствами. Всѣ конвенціи объ экстрадиціи, заключенныя въ новѣйшее

время между различными Европейскими государствами, содержатъ въ общихъ выраженіяхъ постановленіе о томъ, что договаривающіяся правительства обязываютсявзаимно выдавать лицъ, укрывшихся на ихъ территоріи, за исключеніемъ своихъ подданныхъ. Нѣкоторыя правительства дѣлаютъ различіе между лицами, принадлежащими къ данной націи по рожденію, и тѣми, которые пріобрѣли извѣстную національность чрезъ натурализацію. Въ нѣкоторыхъ странахъ перемѣна національности совершается легко и въ короткій промежутокъ времени; бѣглые преступники прибѣгаютъ къ этому средству, чтобы избѣжать выдачи ихъ отечеству. Въ устраненіе подобныхъ злоупотребленій многія державы включили въ свои конвенціи объ экстрадиціи спеціальныя оговорки по этому предмету. Такъ 15 ст. конвенціи между Франціей и Баваріей отъ 29-го Ноября 1869 г., гласитъ: l'étranger qui acquerra ou récouvrera la qualité de Français ou de Bavarois après avoir commis sur le territoire de l'autre État avant l'époque de sa naturalisation une des infractions prevues par la présente convention sera livré aux autorités bavaroises, s'il se trouve en France à moins que la législation Française n'autorise sa mise enjugement; s'il se trouve en Bavière, il sera poursuivi, jugé et puni conformément aux lois du pays. Еще болѣе опредѣлительнымъ образомъ выражено условіе о выдачѣ натурализованныхъ въ ст. 3-й договора объ экстрадаціи, заключеннаго 13-го ноября 1872 г. между Англіею и Бразиліей, которая постановляетъ: »aucun sujet brésilien ne sera livré par le gouvernement ou par une autorité du Royaume-Uni au gouvernement ou à une autorité de l'empire du Brésil. Si cependant l'individu refugié sur le territoire de l'une des hautes parties contractantes s'y était fait naturaliser aprés la perpétration du crime, cette naturalisation n'empêcherait pas que son extradition ne fût accordée à l'autre haute puissance contractante, conformément aux stipulations du présent traité. Договоръ, заключенный 5-го февраля 1873 г. между Англіею и Италіею, содержитъ аналогичное постановленіе, но съ слѣдующею оговоркою: „l'extradition pourra être refusée s'il s'est écoulé cinq années depuis que la naturalisation est acquise et si depuis ce moment l'individu réclamé est resté domicilié dans le pays requis». Тѣмъ не менѣе, несмотря на всѣ эти ограниченія, изъятіе въ пользу собственныхъ подданныхъ (nationaux) остается общимъ правиломъ. Не трудно видѣть, что въ основѣ такого изъятія лежитъ ложное пониманіе національнаго суверенитета. Выдача подданныхъ могла представ-

лять существенныя неудобства въ то время, когда повсюду преобладало начало территоріальности уголовной юрисдикціи, въ силу котораго виновные не подлежали суду на ихъ родинѣ за преступленія, совершенныя заграницей, и считались отвѣтственными только предъ судомъ мѣста совершенія преступленія, но въ настоящее время, когда большинство націй признаютъ право подвергать суду и наказанію виновнаго въ учиненіи преступленія заграницею, по возвращеніи его въ отечество, надежда избавиться посредствомъ бѣгства заграницу отъ угрожающаго наказанія болѣе не существуетъ. Казалось бы болѣе справедливымъ предавать преступника въ руки правосудія той страны, законы которой нарушены и которая, имѣя неоспоримое право на уголовную репрессію, обладаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ всѣми необходимыми средствами, для точнаго и безпристрастнаго опредѣленія степени виновности лица. Въ этомъ смыслѣ высказалась англійская коммисія, на которую былъ возложенъ пересмотръ экстрадиціоннаго акта 1873 г,; она признаетъ дѣлаемое въ договорахъ о выдачѣ условіе о томъ, что подданные государства не подлежатъ выдачѣ, вреднымъ и рекомендуетъ: 1) не вносить его въ будущіе договоры о выдачѣ и 2) измѣнить въ этомъ смыслѣ существующіе трактаты. „Выдача, говоритъ она въ своемъ докладѣ, предполагаетъ взаимное довѣріе къ способу отправленія правосудія въ судебныхъ мѣстахъ обѣихъ договаривающихся сторонъ. Если такого довѣрія не существуетъ, то не слѣдуетъ выдавать никого: ни иностранца, ни собственнаго подданнаго; предполагать же, что суды другой націи не будутъ безпристрастны только потому, что передъ ними предстанетъ не ихъ соотечественникъ, значило бы наносить оскорбленіе этой націи. Законъ и суды той страны, въ которой совершено преступленіе, по самой природѣ вещей наиболѣе компетентны для сужденія этого преступленія. Съ другой стороны, если бы судъ производился въ отечествѣ преступника, то доставка туда свидѣтелей была бы сопряжена съ большими затрудненіями. На это, правда, можно возразить, что свидѣтельскія показанія могли бы быть сняты въ мѣстѣ пребыванія свидѣтелей и затѣмъ пересланы въ то мѣсто, гдѣ производится судъ. Но этотъ способъ веденія процесса представлялся бы крайне невыгоднымъ для обвиняемаго, такъ какъ свидѣтельскія показанія отбирались бы въ его отсутствіе, вслѣдствіе чего онъ лишенъ бы былъ возможности своевременно представить возраженія и выяснить характеръ и степень достовѣрности свидѣтелей.—„Мы съ своей стороны пола-

гаемъ, замѣчаетъ однако авторъ, что указанныя затрудненія не могутъ считаться неустранимыми и подобный аргументъ самъ по себѣ былъ бы недостаточенъ для упраздненія столь существеннаго принципа, какимъ является защита государствомъ своихъ подданныхъ. Въ самомъ этомъ принципѣ заключается сильное возраженіе его противникамъ, которое до сихъ поръ никѣмъ не было рѣшительно опровергнуто. „Tout État, говоритъ Prins, проф. Брюссельскаго университета, (revue de droit international за 1879 г., стр. 80), est obligé d'accorder à ses nationaux la certitude qu'ils seront jugés d'après leurs lois, devant leurs juges naturels, dans leur langue maternelle, au milieu de compatriotes qui les connaissent. C'est devant ceux qui ont reçu la même éducation, pratiqué les mêmes moeurs et vécu la même vie qu'un citoyen poursuivi doit être jugé; le livrer aux incertitudes, à l'inconnu d'une juridiction étrangère, c'est lui enlever la plus précieuse des garanties, même dans notre civilisation moderne, qui n' a encore su faire disparaître ni les différences d'organisation judiciaire ni les antipathies de race.“

II.

Holtzendorff, die Auslieferung der Verbrecher und das Asylrecht, изд. 1881 г., стр. 10 и слѣд.

Гольцендорфъ полагаетъ, что усвоенное Германскимъ уложеніемъ начало невыдачи собственныхъ подданныхъ не имѣетъ за себя прочныхъ юридическихъ основаній. Въ основѣ этого начала лежитъ совершенно ложный патріотизмъ законодателя, „Man glaubt ohne Weiteres, замѣчаетъ авторъ, dass die Gesetze des Auslandes viel unvollkommener, die Staatsanwaltschaft in fremden Ländern viel abhängiger, die Gerichte befangener, das Recht des Fremden viel unsicherer sei als bei uns. Und ebenso glaubt man in Gemässheit dieser alten Ueberlieferung, dass auch unsere Strafanstalten viel angenehmer für unsere Delinquenten sind, als diejenigen des Auslandes.“ Нерѣдко тотъ же ложный патріотизмъ скрывается подъ формулою національнаго достоинства. „Man redet sich vielfach ein, dass es der nationalen Würde zuwider läuft, einen zu uns entkommenden, verbrecherischen Landesgenossen an fremdländische Gerichte zu verweisen.“ Но, говоритъ авторъ, предположеніе, что всѣ законы и суды во всѣхъ иностранныхъ цивилизованныхъ государствахъ стоятъ по организаціи своей ниже судебныхъ мѣстъ нашего государства,

при своемъ оскорбительномъ характерѣ, было бы въ тоже время явнымъ заблужденіемъ. Въ тѣ времена, когда уголовный процессъ разныхъ странъ представлялъ существенныя и основныя различія, какъ напр. гласный и устный процессъ съ одной стороны, тайный и письменный съ другой,—начало невыдачи собственныхъ подданныхъ могло быть оправдываемо столь рѣзкимъ неравенствомъ въ положеніи подсудимаго предъ судомъ обоихъ государствъ. Но въ настоящее время, съ повсемѣстнымъ почти введеніемъ началъ устности и гласности въ процессѣ всѣхъ европейскихъ государствъ, это соображеніе утратило всякое серьезное значеніе. Два народа, отличавшіеся наибольшимъ развитіемъ національнаго чувства—римляне и англичане всегда разрѣшали вопросъ о выдачѣ подданныхъ въ утвердительномъ смыслѣ. Высшій интересъ новѣйшаго государства заключается лишь въ томъ, чтобы подданный его, учинившій преступленіе заграницею, понесъ заслуженное и справедливое наказаніе. Между тѣмъ во многихъ случаяхъ полное изобличеніе преступника возможно только при условіи сужденія его вблизи мѣста совершенія преступленія (forum delicti commissi); многія вещественныя доказательства, по самому свойству ихъ, не могутъ быть перевезены въ другое мѣсто, или теряютъ свое доказательное значеніе съ удаленіемъ ихъ изъ мѣста совершенія преступленія; свидѣтели, незнающіе иностраннаго языка, принуждены бываютъ объясняться чрезъ переводчика и т. д. Разсматривая затѣмъ вопросъ съ точки зрѣнія интересовъ подсудимаго, авторъ находитъ, что и съ этой стороны начало невыдачи подданныхъ не находитъ себѣ поддержки. Интересъ подсудимаго можетъ заключаться въ томъ, чтобы имѣть наиболѣе шансовъ къ оправданію, а въ случаѣ обвиненія—понести легчайшее наказаніе. Съ этой точки зрѣнія вопросъ не всегда можетъ быть разрѣшенъ въ пользу отечественнаго государства. Напр., говоритъ авторъ, германскій подданный, учинившій преступленіе въ Англіи, имѣетъ несравненно большія процессуальныя гарантіи въ англійскомъ и шотландскомъ судахъ, нежели въ своемъ отечественномъ судѣ. Помимо этого, подсудимому легче собрать всѣ для него необходимыя средства защиты именно въ томъ случаѣ, если онъ будетъ судиться въ мѣстѣ совершенія преступленія. Невыдача государствомъ собственнаго подданнаго, учинившаго заграницею преступленіе, можетъ, по мнѣнію автора, имѣть мѣсто лишь при наличности одного изъ слѣдующихъ двухъ условій; 1) если составляющее пред-

метъ обвиненія дѣяніе считается ненаказуемымъ по законамъ отечественнаго государства и 2) если подсудимый, возражая противъ выдачи его иностранному правительству, ссылается на недостаточность гарантій, представляемыхъ процессуальными формами чужой державы, или же есть основаніе опасаться пристрастнаго отношенія къ дѣлу со стороны иностранныхъ судей. Zukünftige Zeiten werden daher die Frage, ob die eigenen Unterthanen unter bestimmten Umständen dem Auslande auszuliefern sind, nicht mehr vom Standpunkte der nationalen Souveränetät, sondern vorzugsweise vom Standpunkte der allgemeinen Strafrechtsinteressen, der Sicherung der Völkerrechtsordnung, der Humanität und der dem Angeklagten zustehenden Vertheidigungsberechtigung prüfen müssen. Тѣмъ не менѣе, заключаетъ авторъ, при отсутствіи полнаго единообразія въ уголовныхъ законахъ отдѣльныхъ государствъ, трудно разсчитывать на скорое исчезновеніе изъ международной экстрадиціонной практики начала невыдачи собственныхъ подданныхъ. Наиболѣе существеннымъ тому препятствіемъ служитъ все еще продолжающаяся борьба за сохраненіе или отмѣну смертной казни.

III.

Vazelhes, Etude sur l'extradition, изд. 1877 г., стр. 77 и слѣд.

Признавая вопросъ спорнымъ, авторъ, съ своей стороны, высказывается въ пользу отрицательнаго разрѣшенія его. Принципіальнымъ основаніемъ невыдачи авторъ выставляетъ положеніе Гуго Гроція: Un peuple ou un roi n'est pas tenu précisément et indispensablement de livrer les coupables, mais de les livrer ou de les punir, присоединяясь затѣмъ къ мнѣнію Faustin Hélie (т. II, стр. 668), который говоритъ:« l'exstradition n'a plus de motifs à l'égard des nationaux; si le gouvernement est tenu en général de livrer les malfaiteurs étrangers, c'est qu'il n'a sur eux aucune action; c'est que, sans cette extradition, leurs crimes demeureraient impunis, et que l'intérêt de la répression des crimes est l'intérêt commun de toutes les nations; mais quand il s'agit de ses propres sujets le gouvernement n'est plus désarmé. Les tribunaux sont compétents pour connaître des crimes que ses sujets auraient commis en pays étrangers. Il lui appartient de développer ce principe et de lui imprimer une puissance réelle. L'extradition n'aurait donc plus de cause légitime. Le jugement du coupable est une satisfaction suffisante donnée au gouvernement étranger«. Начало невыдачи собственныхъ поддан-



ныхъ вошло въ международную практику весьма давно. Такъ оно встрѣчается еще въ деклараціи Франціи съ Нидерландами 1736 года. Феодализмъ и абсолютная монархія Лодовика XIV не могли безъ сомнѣнія допустить начало выдачи собственныхъ подданныхъ, какъ несовмѣстное съ началомъ суверенной независимости. Въ началѣ текущаго столѣтія принципъ этотъ подвергся было нарушенію. Именно декретомъ 1811 года было установлено: «Toute demande en extradition, faite par un gouvernement étranger contre un de nos sujets prévenu d' avoir commis un crime contre des étrangers sur le territoire de ce gouvernement, nous sera soumise par notre grand-juge ministre de la justice, pour y être par nous statué ainsi qu'il appartiendra«. Въ дѣйствительности этотъ декретъ, будучи вызванъ случайнымъ обстоятельствомъ (два француза укрылись во Франціи по совершеніи убійства въ Италіи, и должны были остаться безнаказанными), не имѣлъ никакихъ практическихъ послѣдствій. «Le gouvernement, говоритъ Faustin Hélie по этому поводу, après avoir proclamé en droit que les citoyens français pourraient être livrés à la justice étrangère a reculé en fait devant l'exercice d'une telle faculté». Вслѣдъ затѣмъ конституціонная хартія 1814 г. возстановила начало невыдачи подданныхъ, провозгласивъ въ 62 ст.: «Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels.» Наконецъ въ циркулярѣ 1841 года начало невыдачи французскихъ подданныхъ прямо формулировано въ слѣдующихъ выраженіяхъ: »Les puissances ne consentent pas à livrer leurs nationaux: il en résulte que la France ne peut réclamer que l'extradition d'un Français ou d'un étranger réfugié dans un pays autre que celui auquel il appartient «. Независимо отъ этихъ историческихъ указаній на прочность начала невыдачи подданныхъ, авторомъ приводятся слѣдующія соображенія въ пользу этого начала: Уголовные законы не одинаковы у всѣхъ народовъ. Государство, выдающее своего подданнаго, оставляетъ его во власти правосудія, которое руководится совершенно иными принципами; къ тому же весьма возможно, что выданный не встрѣтитъ въ иностранномъ судѣ того безпристрастнаго и снисходительнаго отношенія, которое должно быть существеннымъ элементомъ правосудія. Говоря словами Faustin Hélie: »Il répugne à la dignité nationale non pas de reconnaître à une nation étrangère le droit de juger nos citoyens, car si elle les saisit sur son territoire ce droit est incontestable, mais de les lui livrer. Un gouvernement ne peut se faire l'auxiliaire d'une justice étrangère contre ses propres sujets.« Противники начала невы-

дачи подданныхъ видятъ въ немъ препятствіе къ правильному отправленію уголовнаго правосудія, такъ какъ, говорятъ они, собираніе всѣхъ необходимыхъ доказательствъ вдали отъ мѣста преступленія представляется крайне затруднительнымъ. Отсюда: государство, отказывающее въ выдачѣ своего подданнаго, не выполняетъ своихъ обязанностей по отношенію къ сосѣднимъ государствамъ, игнорируя общій интересъ всѣхъ націй—неуклонное преслѣдованіе преступныхъ дѣяній. Ссылаются также на исторію Англіи и Соединенныхъ Штатовъ, всегда державшихся противоположнаго начала и исключительно стремившихся къ тому, чтобы, въ интересахъ всѣхъ націй, сдѣлать уголовную репрессію болѣе дѣйствительною. Однако же, замѣчаетъ авторъ, примѣръ этихъ государствъ не нашелъ подражанія. Говорятъ далѣе, что принципъ невыдачи подданныхъ основывается на недовѣріи къ правосудію другой страны, что подобное недовѣріе не должно болѣе имѣть мѣста, какъ скоро государства взаимно обязываются договорами о выдачѣ преступниковъ, самое заключеніе которыхъ свидѣтельствуетъ о взаимномъ уваженіи къ судебнымъ учрежденіямъ договаривающихся сторонъ. Всѣ эти аргументы, приводимые противъ невыдачи подданныхъ, представляются, по мнѣнію автора, недостаточно убѣдительными, въ виду существующаго различія въ законодательствахъ отдѣльныхъ государствъ, хотя конечно нельзя отрицать того, что въ будущемъ, вмѣстѣ съ болѣе тѣснымъ сближеніемъ народовъ и большимъ единообразіемъ въ ихъ законодательствахъ, примѣненіе выдачи и къ собственнымъ подданнымъ сдѣлается вполнѣ возможнымъ.

IV.

Billot, Traité de l'extradition, изд. 1874 г., стр. 64 и слѣд.

Большинство европейскихъ государствъ придерживаются выработаннаго экстрадиціонною практикою начала, по которому подданные, задержанные на территоріи отечественнаго государства по поводу совершенія ими заграницею преступленія, не подлежатъ выдачѣ. Въ пользу этого принципа приводятся обыкновенно слѣдующіе аргументы:

Государство и его подданные находятся по отношенію другъ къ другу во взаимномъ обязательствѣ. Если съ одной стороны подданный обязанъ повиновеніемъ законамъ своего отечества, то



послѣднее съ своей стороны должно защищать его силою этихъ законовъ. Подчиняя своего подданнаго иностранной юрисдикціи, лишая его такимъ образомъ гарантій отечественнаго правосудія, государство не выполнило бы своей обязанности по отношенію къ нему. Съ другой стороны, государство не можетъ вполнѣ довѣрять чужеземному правосудію, хотя бы послѣднее, по свойству судебной организаціи, и представляло всѣ желательныя въ интересахъ подсудимаго гарантіи, такъ какъ все же нельзя разсчитывать на полное безпристрастіе иностранныхъ судей и ожидать, что они отнесутся къ чужеземцу съ тѣмъ же вниманіемъ и снисходительностію, какъ къ своему соотечественнику: общественное мнѣніе скорѣе возмущается проступкомъ, совершеннымъ иностранцемъ и судьѣ пришлось бы дѣйствовать подъ давленіемъ этого мнѣнія. Наконецъ, законы и учрежденія различныхъ государствъ находятся далеко не на одинаковой ступени развитія. Совершенно отличная уголовная процедура, жестокость наказаній, неудовлетворительность судебной организаціи должны побуждать государство къ отказу въ выдачѣ собственнаго подданнаго. Кромѣ того, съ точки зрѣнія интересовъ уголовнаго правосудія, выдача соотечественника, учинившаго за границею преступленіе, не является безусловно необходимою; послѣдній можетъ быть подвергнутъ преслѣдованію и судимъ въ своемъ отечествѣ; уголовный законъ можетъ быть разсматриваемъ не только какъ территоріальный, но и какъ личный, т. е. такой, который, не теряя своего обязательнего значенія для лица и во время пребыванія послѣдняго заграницею, караетъ его по возвращеніи въ отечество. Таковы аргументы, приводимые въ защиту начала невыдачи соотечественниковъ. Billot цитируетъ слѣдующее мѣсто изъ рѣчи одного изъ приверженцевъ начала невыдачи собственныхъ гражданъ, вице-президента государственнаго совѣта Парьё, произнесенной въ засѣданіи законодательнаго корпуса при обсужденіи проекта закона 27 іюня 1866 года: »Cette idée (l'extradition des nationaux) suppose l'abandon du principe, l'une des conquêtes politiques les plus incontestables de l'esprit libéral depuis un demi-siècle. C'est l'abandon de ce principe qu'un accusé revenu dans son pays ne peut être distrait de ses juges naturels. C'est cette idée, qu'on appellerait monstrueuse, si nous l'avions présentée, à savoir qu'un Français rentré dans sa patrie, entouré de ses parents, de ses amis, placé sous la présomption d'innocence . . . . et aussi sous la protection de ses antécédents, pourrait être arraché aux juges qui le connaissent, sur une dé-

nonciation venue de l'étranger; pourrait être enlevé à la justice de son pays et livré à des procédures ignorées de notre législation et peut-être contraires à ses principes: tout cela au mépris de cette garantie écrite dans plusieures constitutions, que le Français ne peut être distrait de ses juges naturels! . . . Il n'y a pas un pays en Europe qui ait consenti à abandonner le jugement de ses nationaux revenus sur son territoire« . . . Но въ томъ же засѣданіи многіе члены въ рѣзкихъ выраженіяхъ доказывали несостоятельность принципа. »C'est, à mon sens, замѣтилъ Жюль-Фавръ, une préoccupation étroite, mesquine de nationalité, que de prétendre que l'extradition ne puisse pas s'opérer dans de telles circonstances (lorsqu'il s'agit d'un national). L'extradition, soyez-en sur, messieurs, elle sera le dernier mot de cette lutte entre deux principes contradictoires, qui se sont longtemps combattus, et qui finiront par s'entendre dans un sentiment commun de justice . . . .

Всѣ эти аргументы въ защиту начала невыдачи собственныхъ подданныхъ не могутъ, по мнѣнію Billot, считаться прочными. Прежде всего невѣрно то положеніе, что государство, выдавая своихъ гражданъ другому государству, тѣмъ самымъ нарушаетъ по отношенію къ нимъ свое обязательство ихъ защиты, такъ какъ такое положеніе логически приводитъ къ невозможнымъ выводамъ. Въ самомъ дѣлѣ, если признать, что государство обязано всегда ставить гражданина подъ защиту своихъ законовъ, даже на время пребыванія его за границею, то пришлось бы, послѣдовательно, признать за государствомъ право вмѣшательства всякій разъ, какъ гражданинъ этого государства является предъ иностраннымъ судьею; во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, вмѣшательство отечественнаго государства могло бы быть оправдываемо тѣмъ, что, если иностранный судья является судьею компетентнымъ ratione materiae, то съ другой стороны и судья національный такъ же компетентенъ ratione personae. Но конечно никто не будетъ отстаивать такого положенія, ибо всякій согласится, что обязанность государства блюсти интересы своихъ гражданъ не можетъ идти такъ далеко, ибо государство должно лишь слѣдить за тѣмъ, чтобы его гражданинъ, пребывающій въ другомъ государствѣ, не сдѣлался тамъ жертвою несправедливости или варварской жестокости, недопускаемой законами цивилизаціи. Если же иностранное государство обладаетъ правильно организованными судебными учрежденіями, то отечественное государство нисколько не нарушаетъ своихъ обязанностей, подчиняя виновнаго дѣйствію

тѣхъ законовъ, которые были ими нарушены. Имѣя обязанности въ отношеніи своихъ гражданъ, государство имѣетъ таковыя и по отношенію къ сосѣднимъ государствамъ; отказывая въ своемъ содѣйствіи къ преслѣдованію преступныхъ дѣяній, учиненныхъ на территоріи иностраннаго государства, оно нарушило бы свои обязанности по отношенію къ этому послѣднему. Независимо сего, нельзя отрицать, что съ точки зрѣнія интересовъ уголовнаго правосудія представляется весьма важнымъ, чтобы судъ и наказаніе виновнаго были производимы въ мѣстѣ совершенія преступленія. Здѣсь легче всего собрать необходимый матеріалъ для судебнаго слѣдствія, и вообще болѣе шансовъ раскрыть истину, здѣсь же живѣе чувствуется потребность въ уголовной репрессіи. Теорія и практика согласны между собою относительно того, что уголовный законъ долженъ имѣть территоріальный характеръ. Судебная власть компетентна для изслѣдованія подсуднаго ей, по мѣсту совершенія, преступнаго дѣянія, совершенно независимо отъ того, къ какой національности принадлежитъ виновный. Никто не станетъ утверждать, чтобы государство имѣло право вырвать изъ рукъ иноземнаго правосудія одного изъ своихъ гражданъ, преслѣдуемаго за общее преступленіе, учиненное на территоріи иностраннаго государства. Какимъ же образомъ можетъ возникнуть для этого государства право отказывать заинтересованной иностранной державѣ въ выдачѣ своего гражданина, успѣвшаго укрыться въ предѣлахъ отечества? Впрочемъ Billot не отрицаетъ права государства отказывать въ выдачѣ другому государству своихъ гражданъ, если первое имѣетъ основательныя причины не довѣрять правосудію государства, требующаго выдачи, (если рѣчь идетъ о націи, значительно отставшей въ своемъ политическомъ развитіи); но такія условія во всякомъ случаѣ являются въ видѣ исключенія, такъ какъ прежде всего предполагается, что оба заинтересованныя въ вопросѣ о выдачѣ государства суть члены международнаго союза или связаны между собою конвенціею о выдачѣ преступниковъ, а въ такомъ случаѣ взаимное недовѣріе договаривающихся сторонъ не имѣетъ мѣста и потому нѣтъ основаній съуживать дѣйствіе довора о выдачѣ, въ пользу собственныхъ подданныхъ. Кромѣ того лицо, выданное своимъ отечествомъ для сужденія иностранному государству, не лишается еще тѣмъ самымъ возможности воспользоваться, въ случаѣ надобности, покровительствомъ

своей родины. Въ случаѣ напр. злоупотребленія со стороны судебной власти иностраннаго государства, отечество преступника имѣетъ безъ сомнѣнія право вмѣшательства въ видахъ охраненія его интересовъ. Ошибочно утверждаютъ, что выдача государствомъ собственныхъ гражданъ не вызывается интересами уголовнаго правосудія, потому что цѣли репрессіи могутъ быть достигнуты и инымъ способомъ, а именно возбужденіемъ противъ лица преслѣдованія въ его отечествѣ. Нельзя не признать, что вдали отъ мѣста преступленія трудно собрать всѣ необходимыя для открытія истины доказательства. Самое разслѣдованіе при такихъ условіяхъ возможно только при содѣйствіи иностраннаго государства, которое обыкновенно облегчаетъ задачу судей собираніемъ на мѣстѣ слѣдственнаго матеріала. Отказъ въ такомъ содѣйствіи къ разслѣдованію дѣла сдѣлалъ бы уголовное преслѣдованіе виновнаго часто вполнѣ безуспѣшнымъ. Далѣе, по многимъ дѣламъ присутствіе на судѣ свидѣтелей является существенно необходимымъ, а между тѣмъ свидѣтели иностранцы могутъ отказаться отъ явки въ судъ. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ приговоръ суда неизбѣжно будетъ лишенъ гарантій подобающей достовѣрности. Кромѣ того, общественное мнѣніе всегда менѣе встревожено преступленіемъ, совершеннымъ вдали; публичный порядокъ представляется не столь сильно потрясеннымъ; потребность въ репрессіи менѣе настоятельною. Отсюда, въ дѣлахъ о преступленіяхъ, учиненныхъ заграницею, судья скорѣе склоненъ отнестись съ излишней снисходительностію къ преступнику. Наконецъ, значеніе преступнаго дѣянія умаляется въ его глазахъ тѣмъ соображеніемъ, что жертвою преступленія является иностранецъ, что обвиняемый его соотечественникъ, что самое возбужденіе уголовнаго преслѣдованія явилось, быть можетъ, результатомъ постороннихъ вліяній: національной вражды, политической розни и т. п.

Что касается положенія: nul ne peut être distrait de ses juges naturels, то оно не можетъ служить прочнымъ аргументомъ, такъ какъ одинаково пригодно для оправданія той и другой системы, не разрѣшая вопроса о томъ, кто долженъ быть признанъ естественнымъ судьей лица, учинившаго преступленіе за границею. Судья національный является компетентнымъ ratione personae, а судья иностраннаго государства долженъ быть признанъ въ той же мѣрѣ компетентнымъ ratione materiae. Въ окончательномъ выводѣ Billot полагаетъ, что не существуетъ такого принципа, который могъ бы оп-

равдать международную практику, недопускающую выдачи подданныхъ. Если же выдача туземцевъ вообще не допускается, то причину этого слѣдуетъ искать въ недовѣріи, часто неосновательномъ, которое питаетъ одно государство къ другому, а также въ ложномъ пониманіи правъ и обязанностей, налагаемыхъ на государство его суверенитетомъ. Надо полагать, что съ прогрессомъ международныхъ сношеній право преступника находить себѣ защиту отъ мѣстнаго правосудія въ своей національности мало по малу исчезнетъ и онъ будетъ судимъ и наказываемъ на основаніи того закона, который имъ былъ нарушенъ.

б) По вопросу о выдачѣ лицъ, обвиняемыхъ въ политическихъ преступленіяхъ.

I.

Billot, Traité de l'extradition, стр. 102 и слѣд.

Признавая, что для вопроса объ экстрадиціи было бы чрезвычайно важно установить различіе между преступленіями политическими и преступленіями всякаго другаго рода, въ виду общаго начала, по которому дѣянія перваго рода не могутъ служить основаніемъ выдачи, авторъ предлагаетъ однакоже только слѣдующее общее опредѣленіе политическаго преступленія: «Sous la qualification de crimes et délits politiques, se rangent tous les actes qui ont pour but de porter atteinte, par des moyens contraires à la loi, à l'ordre politique ou à l'ordre social établi dans un pays,«—замѣчая далѣе, что сдѣлать перечисленіе этого рода преступленій представляется невозможнымъ, ибо число ихъ такъ же не можетъ быть опредѣлено, какъ нельзя опредѣлить число возможныхъ политическихъ и соціальныхъ комбинацій, управляющихъ общественными организмами, а слѣдовательно и средства, могущія оказаться пригодными для уничтоженія или видоизмѣненія этихъ комбинацій. Далѣе авторъ различаетъ преступленія смѣшаннаго характера—délits complexes и преступленія общія, но причастныя политическому преступленію délits connexes. Подъ первыми Billot разумѣетъ такія дѣянія, кои одновременно заключаютъ въ себѣ посягательство на политическій или соціальный порядокъ и посягательство на право частное. Въ видѣ примѣра délit complexe онъ указываетъ на случаи

насильственнаго взятія во время возстанія бандою инсургентовъ оружія изъ оружейнаго магазина; съ точки зрѣнія уголовнаго права, юрисдикція и наказуемость подобнаго дѣянія опредѣляются смотря по относительной важности нарушенныхъ правъ: политическаго и частнаго. Вопросъ объ экстрадиціи такимъ образомъ ставится въ зависимость отъ квалификаціи дѣянія, а эта послѣдняя въ свою очередь опредѣляется важнѣйшимъ изъ правонарушеній, образующихъ délit complexe. Однако, замѣчаетъ авторъ, примѣненіе подобнаго, указываемаго теоріею, правила неизбѣжно породило бы многочисленныя затрудненія въ экстрадиціонной практикѣ. Для опредѣленія преобладающаго характера такого дѣянія явилась бы необходимость войти въ разсмотрѣніе подробностей веденія процесса, а между тѣмъ государство, укрывающее преступника, было бы вынуждено вполнѣ полагаться на ту оцѣнку характера дѣянія, которая сдѣлана стороною, требующею выдачи. «Mais n'est ce pas demander beaucoup au pays de refuge? спрашиваетъ авторъ. La passion politique n'a-t-elle pas été de quelque poids dans la décision du pays requérant et n'aura-t-elle pas quelque influence sur le jugement de l'accusé? La justice absolue ne veut elle pas que le délit accessoire intervienne, comme circonstance aggravante, dans l'appréciation de la culpabilité du délinquant et dans l'application de la pénalité. L'extradition pourrait, il est vrai, être autorisée, sous la réserve expresse qu'il ne sera pas tenu compte du délit politique. Mais les juges sauront ils se soustraire aux préoccupations extérieures, à la pression de l'opinion publique? Dans l'appréciation d'un fait complexe, quoique unique, pourront-ils séparer les éléments divers que la science y reconnaît? Ce sont là des questions, que l'esprit public, dans le pays de refuge, ne manquera pas de trancher en faveur de l'accusé «

Этими соображеніями объясняется, почему предлагаемое теоріею рѣшеніе вопроса не получило примѣненія въ международныхъ сношеніяхъ. Общимъ правиломъ осталось то, что выдача не допускается по поводу такого преступнаго дѣянія, которое, въ извѣстномъ отношеніи, носитъ политическій характеръ. Изъ этого общаго правила существуетъ только одно изъятіе, гдѣ экстрадиціонная практика слѣдуетъ теоретическому началу, именно для посягательства на жизнь главы государства. Нѣкоторыя государства, признавая, что этого рода посягательство, смотря по обстоятельствамъ, его сопровождавшимъ, можетъ быть разсматриваемо то какъ политическое преступленіе, то какъ преступленіе общаго

свойства, оставляютъ за собою право опредѣлять, въ зависимости отъ условій единичнаго случая, съ какимъ характеромъ является посягательство: имѣетъ ли въ немъ политическій элементъ только второстепенное, или же первенствующее значеніе. Воззрѣніе это встрѣчаетъ серьезныхъ противниковъ, которые дѣлятся на два лагеря: одни изъ нихъ, обращая вниманіе на громадное значеніе политическихъ и соціальныхъ интересовъ, сосредоточивающихся въ лицѣ главы государства, признаютъ, что заключающійся въ посягательствѣ на жизнь его элементъ общаго преступленія является безусловно второстепеннымъ, а потому этого рода посягательства всегда должны считаться политическими преступленіями; другіе же ставятъ на первомъ планѣ нарушеніе индивидуальнаго права и необходимость защиты жизни человѣка, признавая, что посягательство на жизнь главы государства есть всегда и прежде всего преступленіе общее. Въ 1857 году въ первый разъ появляется въ международномъ договорномъ правѣ постановленіе, касающееся посягательствъ на жизнь главы государства; по поводу покушенія, въ сентябрѣ 1854 г., на жизнь французскаго Императора Наполеона III, учиненнаго французскимъ подданнымъ Целестиномъ Жакэномъ посредствомъ подложенія на рельсы между Лиллемъ и Калэ, по пути слѣдованія Императора, адской машины. Обвиняемый, успѣвшій скрыться въ Бельгію, былъ тамъ, по требованію французскаго правительства, подвергнутъ задержанію. Жакэнъ требовалъ освобожденія его изъ подъ стражи, ссылаясь на то, что приписываемое ему преступленіе не предусмотрѣно въ конвенціи Бельгіи съ Франціей, а также на то, что преступленіе его имѣетъ политическій характеръ. Обвинительная камера, признавая, что дѣяніе Жакэна составляетъ преступленіе политическое, или по крайней мѣрѣ причастное политическому преступленію (délit connexe), постановила освободить обвиняемаго изъ подъ стражи. Это постановленіе кассаціонный судъ отмѣнилъ по слѣдующимъ основаніямъ: »Considérant.... qu'il est évident, que le législateur n'a pu entendre par délit politique que les faits dont le caractère exclusif est de porter atteinte à la forme et à l'ordre politique d'une nation déterminée, et, par faits connexes à ces crimes, que les faits dont l'appréciation, sous le rapport de leur criminalité, peut dépendre du caractère purement politique du fait principal auquel ils se rattachent. Mais que, dans aucun cas cette disposition ne peut s'appliquer à des faits qui, quel que soit le but que l'auteur ait voulu atteindre, et quelle que soit la forme politique de la

nation où le fait a eté commis, sont réprouvés par la morale, et doivent tomber sous la répression de la loi pénale, dans tous les temps et chez toutes les nations.“ Выдачи однако не послѣдовало, такъ какъ французское правительство, не дожидаясь окончательнаго разрѣшенія вопроса, поспѣшило отказаться отъ своего требованія. Дѣло Жакэна послужило поводомъ къ изданію бельгійскаго закона отъ 18 марта 1856 г., который гласитъ: Ne sera pas reputé délit politique, ni fait connexe à un semllable délit, l'attentat contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement. Цѣль изданія закона ясно выражена въ слѣдующихъ его мотивахъ: „Le régicide, au voeu de tous, doit désormais, en Belgique, être incontestablement réputé homicide. La vie du souverain étranger sera protégée à l'égal de la vie de tout étranger, sans distinction de rang, ni plus, ni moins. Faire plus, ce serait, en effet, ériger le régicide en crime politique par un triste privilége, et admettre ce que tous nous repoussons: l'extradition politique. Faire moins, c'est exclure le prince étranger du droit commun, et sanctionner une injustice“. Противники новаго закона предостерегали, что онъ пролагаетъ путь выдачамъ за преступленія политическаго характера, и совѣтовали во всякомъ случаѣ исключить слова: «ni fait connexe à un semblable délit». Пусть предположатъ, говорили они далѣе, что главу государства убиваютъ въ то время, когда онъ предводительствовалъ войскомъ въ битвѣ съ инсургентами; въ этомъ случаѣ главное дѣйствіе, (fait principal) возстаніе не будетъ служить основаніемъ выдачи, какъ преступленіе политическое, тогда какъ убійство главы государства—дѣйствіе, прикосновенное къ главному дѣйствію (fait accessoire et connexe), можетъ быть отдѣлено отъ него и служить основаніемъ выдачи. По мнѣнію Billot, предположенная бельгійскимъ закономъ 1856 г. цѣль осталась недостигнутою. Политическій характеръ посягательства на жизнь глава государства зависитъ отъ обстоятельствъ, сопровождавшихъ учиненіе такого посягательства. Во всякомъ случаѣ это вопросъ факта, подлежащій разсмотрѣнію судьи, а законодатель долженъ былъ ограничиться указаніемъ того начала, въ силу котораго политическія преступленія не могутъ служить основаніемъ выдачи. „Déterminer, d'avance, le caractère de certains actes, говоритъ авторъ, c'est disposer un cadre qui devra dans certains cas, se trouver trop large ou trop étroit.“

Délits connexes авторъ опредѣляетъ какъ такія преступленія общаго характера, которыя являются дѣйствіями прикосновенными къ политическому преступленію, хотя въ тоже время не образуютъ вмѣстѣ съ послѣднимъ одного дѣйствія, представляя нѣсколько отдѣльныхъ актовъ, совершенныхъ однимъ или многими ли вами. Вопросъ о возможности выдачи за подобныя преступленія допускаетъ и утвердительное и отрицательное рѣшеніе, смотря по болѣе или менѣе тѣсной связи, существующей между преступленіями общимъ и политическимъ. Въ томъ случаѣ, если délit connexe такъ тѣсно связано съ государственнымъ преступленіемъ, что должно подлежать совмѣстному сужденію съ послѣднимъ, выдача не можетъ имѣть мѣста, хотя бы уголовный характеръ дѣянія и являлся преобладающимъ, ибо очевидно, что судья былъ бы не въ силахъ вполнѣ отрѣшиться отъ политической стороны преступнаго дѣянія. При возможности раздѣленія предметовъ изслѣдованія, требованіе о выдачѣ можетъ быть удовлетворено, но не иначе, какъ подъ условіемъ, что политическое преступленіе не будетъ вовсе подлежать сужденію. Тѣмъ не менѣе, замѣчаетъ Bil lot, такое, указываемое теоріею, разрѣшеніе вопроса не осуществляется пока на практикѣ и во всѣхъ заключенныхъ до сего времени конвенціяхъ договаривающіяся стороны не допускаютъ выдачи какъ за собственно политическія преступленія, такъ и за находящіяся съ ними въ связи преступленія общаго свойства.

II.

Vazelhes, Etude sur l'extradition, 1877 г.

Авторъ опредѣляетъ понятіе политическаго преступленія слѣдующимъ образомъ: „le délit politique consiste dans un fait illicite au moyen duquel on attaque la constitution sociale ou politique d'un pays, par exemple un complot.“ Конечно, прибавляетъ онъ, такому опредѣленію не достаетъ точности, но по самой природѣ политическихъ преступленій крайне трудно опредѣлительно указать ихъ составные элементы. Опредѣленіе политическаго преступленія затрудняется еще тѣмъ, что послѣднее рѣдко является изолированнымъ, соединяясь часто, болѣе или менѣе тѣснымъ образомъ, съ общимъ преступленіемъ. Теоретически вопросъ о томъ, можетъ ли данное преступленіе съ политическимъ характеромъ служить основаніемъ для выдачи, разрѣшается ближайшимъ анализомъ дѣйствій лица: если элементъ

общеуголовный является преобладающимъ, выдача можетъ имѣть мѣсто, въ противномъ случаѣ—нѣтъ. Тѣмъ не менѣе въ виду практическихъ затрудненій при опредѣленіи въ отдѣльныхъ случаяхъ, какой изъ двухъ элементовъ, образующихъ понятіе délit connexe, слѣдуетъ признать преобладающимъ, вопросъ о выдачѣ по поводу учиненія лицомъ смѣшаннаго преступленія, разрѣшается международною практикою въ отрицательномъ смыслѣ. Съ своей стороны авторъ допускаетъ возможность выдачи по поводу преступленій смѣшаннаго характера во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣйствія виновныхъ не могли бы быть оправданы съ точки зрѣнія обычаевъ войны. Мысль эта развивается авторомъ слѣдующимъ образомъ: „Les actes de la lutte, quelque odieuse que fût cette insurrection par son principe non moins que par les circonstances dans lesquelles elle se produisait, constituent, quand ils restent dans les limites avouées par les usages de la guerre, de véritables délits politiques; et nous comprenons très-bien qu'il n'ait pu être question d'extradition pour ces actes. Mais relativement à d'autres faits accomplis sans profit pour la cause de l'insurrection, et qui placent leurs auteurs en dehors du droit des gens, tels que l'assasinat des otages, l'incendie des grands monuments de la France, nous dirons, en leur appliquant un passage d'Ortolan: „Si l'on suppose au contraire des actes réprouvés même par ces usages (de la guerre) qui ne sont point l'observation des pratiques de la guerre, mais qui en sont la violation, que ceux qui prennent part à la lutte politique doivent être les premiers à proscrire: des massacres de parlementaires, des assasinats par haine ou vengeance, l'incendie, le sac ou le pillage de propriétés publiques ou privées dans le but d'assouvir ses passions personnelles ou de s'approprier le butin qu'on y fait . . . . . ces actes n'appartiennent pas à la lutte politique, ils y ont trouve l'occasion de se produire, mais ils en sont distincts; les vices ou les passions qui jouent leur rôle fussent-ils allumés au foyer politique ne sauraient en changer le caractère, et ne figureront dans la mesure de culpabilité qu'au taux ordinaire que leur marque la justice penale. Ces actes sont des délits de droit commun; tous les partis doivent les répudier sous peine d'en être déshonorés."

III.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, стр. 240 и слѣд.

Авторъ пытается разграничить понятія преступныхъ дѣяній чисто политическаго и смѣшаннаго характера, délits politiques et délits

mixtes ou connexes, усматривая различіе между этими двумя категоріями дѣяній въ томъ, что преступность первыхъ обусловливается исключительно свойствомъ цѣлей, къ достиженію которыхъ эти дѣйствія направлены, тогда какъ дѣйствія второй категоріи должны быть признаны наказуемыми сами по себѣ, независимо отъ свойства опредѣляющаго ихъ мотива, т. е. его политическаго характера. Подлинно мысль эта выражена авторомъ такъ: Par infractions politiques on doit entendre les délits qui sont exclusivement dirigés contre l'ordre politique, et qui tendent à le renverser, à le changer ou à le troubler. Ainsi, pour qu'un fait puisse être qualifié d'infraction politique, il faut que sa criminalité dépende uniquement de son caractère politique. S'il est punissable, quel que soit le but de l'agent, s'il n'a pas un caractère exclusivement politique. ce fait n'est pas, à proprement parler, une infraction politique. Sans doute, l'auteur peut avoir exécuté le fait dans l'intention de renverser, de changer ou de troubler l'ordre politique; mais alors ce fait est une infraction mixte ou connexe à un délit politique .... и далѣе: „Lorsqu'un crime ou un délit de droit commun est commis dans le but de renverser, de changer ou de troubler l'ordre politique, le fait ne constitue pas une infraction purement politique, puisqu'il est punissable par lui-même, et iudependamment du motif qui a déterminé l'agent; sa criminalité ne dépend donc pas uniquement de son caractère politique; mais comme il est également empreint de ce caractère, l'acte constitue une infraction mixte, ou, comme s'exprime la loi sur les extraditions, un fait connexe à un délit politique.« Если насильственныя дѣйствія, учиненныя во время возстанія, не выходятъ изъ предѣловъ, допускаемыхъ обычаями войны, то они должны быть разсматриваемы какъ политическія преступленія, ибо въ такомъ случаѣ они образуютъ существенные элементы возстанія,—преступленія, носящаго по самому существу своему политическій характеръ. Напротивъ того, дѣйствія, учиненныя, по поводу политической борьбы, но порицаемыя военными обычаями,—такія посягательства противъ личности или имущества, кои были внушены чувствами ненависти, мщенія или корыстными видами, словомъ личными побужденіями—суть простыя общія преступленія.

Бельгійское законодательство воспрещаетъ правительству сей страны изъявлять согласіе на выдачу иностранца, обвиняемаго въ преступленіи чисто политическаго или смѣшаннаго характера, оконченномъ или оставшемся на степени покушенія, или же только въ соучастіи въ одномъ изъ сказанныхъ преступленій. Съ сво-

ей стороны и Бельгійское правительство не можетъ требовать выдачи бельгійца, учинившаго одно изъ этихъ преступныхъ дѣяній, такъ какъ по началу взаимности, освященному законами и международными договорами, оно не вправѣ предъявлять къ другому государству такого рода требованія, въ удовлетвореніи которыхъ оно само было бы вынуждено отказать.

Что касается посягательства на особу главы иностраннаго государства или членовъ его фамиліи, то таковое, въ отношеніи экстрадиціи не можетъ, по смыслу закона, быть разсматриваемо ни какъ политическое преступленіе, ни какъ преступленіе смѣшаннаго характера, коль скоро посягательство заключаетъ въ себѣ признаки убійства, предумышленнаго убійства или отравленія (le fait de meurtre, d'assassinat ou d'empoisonnement).

IV.

Louis Renault, Des crimes politiques en matière d'extradition, изд. 1880 г.

Признавая, что начало невыдачи политическихъ преступниковъ оправдывается главнымъ образомъ соображеніями уголовной политики, авторъ пытается опредѣлить объемъ дѣйствія этого правила въ отношеніи дѣяній, имѣющихъ смѣшанный характеръ (délits complexes et connexes). Отказываясь дать общее опредѣленіе политическаго преступленія, Рэнò указываетъ, въ видѣ примѣровъ, на слѣдующія преступленія, безусловно не могущія служить основаніемъ выдачи: поднятіе оружія противъ отечества, сношенія съ непріятелемъ и другія подобныя сему дѣйствія, возбужденіе къ возстанію, заговоръ съ цѣлью ниспровергнуть существующій порядокъ, заговоръ даже на жизнь Государя, принадлежность къ тайному обществу, оскорбленіе правительственныхъ властей, преступленія печати (если только потерпѣвшими не являются частныя лица), нарушенія правилъ, касающихся порядка выборовъ, правилъ о сходкахъ, общественныхъ собраніяхъ и т. п. Исчисленныя преступленія и имъ подобныя представляютъ типъ чисто политическихъ преступленій, къ которымъ выдача ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть примѣняема и потому въ конвенціяхъ по отношенію къ нимъ не дѣлается особой оговорки. Но во многихъ случаяхъ вопросъ не представляется столь простымъ для его разрѣ-

шенія. Въ этомъ отношеніи авторъ устанавливаетъ два предположенія:

1) Преступленія общія могутъ являться въ смѣшеніи съ государственными преступленіями. Напр. во время агитаціи къ бунту, завладѣваютъ оружейнымъ магазиномъ, опрокидываютъ ѣдущія кареты и разрушаютъ зданія, обращая ихъ въ баррикады; здѣсь право частной собственности нарушено одновременно съ посягательствомъ на государственный порядокъ; далѣе, во время борьбы оказываются раненными и убитыми солдаты. Всѣ эти дѣйствія не могутъ однакоже быть разсматриваемы какъ общія преступленія (кража, убійство) и не могутъ служить основаніемъ выдачи, составляя res accessoriae по отношенію къ главному дѣянію, не допускающему выдачи. Тѣмъ не менѣе авторъ находитъ дѣлаемую обыкновенно въ конвенціяхъ оговорку о томъ, что выдача не допускается »ни за государственныя преступленія, ни за преступныя дѣянія, находящіяся съ ними въ связи«—слишкомъ широкою и растяжимою, такъ какъ такою оговоркою совсѣмъ не опредѣляется характеръ связи, которая можетъ существовать между политическимъ дѣяніемъ и общимъ. Достаточно ли, напримѣръ, чтобы дѣйствіе общепреступное было совершено во время возстанія, для того, чтобы оно могло стать подъ защиту политическаго дѣянія? Но въ такомъ случаѣ, говоритъ авторъ, виновные въ кражахъ, убійствахъ, учиненныхъ во время возстанія или междусобной войны, успѣвшіе, пользуясь общимъ смятеніемъ, бѣжать за границу, смѣло могли бы разсчитывать на полную безнаказанность. На практикѣ, во избѣжаніе затрудненій, въ выдачѣ отказывается во всѣхъ подобныхъ случаяхъ; между тѣмъ дѣлаемое въ пользу политическихъ преступниковъ изъятіе изъ общаго правила о выдачѣ не должно быть излишне расширяемо, во избѣжаніе чего необходимо установить точныя границы его примѣненія, различая дѣянія съ политическимъ характеромъ по тѣмъ средствамъ, которыя были употреблены лицомъ для достиженія политическихъ цѣлей. Сознаваясь, что установить такое различіе иногда можетъ быть очень трудно, почему въ такихъ сомнительныхъ случаяхъ въ выдачѣ должно быть отказываемо, авторъ предлагаетъ слѣдующее руководящее правило: все то, что находитъ себѣ объясненіе въ самомъ возстаніи, являясь его прямымъ послѣдствіемъ, сохраняетъ характеръ политическаго преступленія и не можетъ обусловливать выдачу. Если же, во время возстанія, отдѣльныя лица

пользуются общимъ смятеніемъ, чтобы удовлетворить личныя чувства мести или жажды къ наживѣ, если умерщвляются лица по одному только предположенію, что они не сочувствуютъ бунту, если совершаются убійства съ засадою, если частныя или государственныя имущества расхищаются или разрушаются, причемъ такое разрушеніе не вызывалось необходимостью защиты или нападенія, а служило удовлетвореніемъ чувства личной злобы—мы имѣемъ дѣло съ общими преступленіями, хотя и возникшими подъ вліяніемъ политическихъ страстей. Критеріумомъ для распознанія, характера даннаго дѣянія можетъ, по мнѣнію Рэнô, служить положеніе, высказанное англійскими криминалистами: Кларкомъ (The law of extradition, p. 170 и слѣд.) и Вестлэкомъ—необходимо относительно всякаго дѣянія съ политическимъ характеромъ имѣть въ виду, можетъ ли таковое быть оправдано съ точки зрѣнія законовъ войны. (Хотя авторъ затѣмъ самъ сознается, что постановленія Брюссельской конференціи 1874 г. рѣшительно оказались несостоятельными и права и обязанности воюющихъ сторонъ не могутъ считаться опредѣленными съ надлежащею точностью).

Второе предположеніе, выставляемое авторомъ, касается преступленій общаго характера, не связанныхъ съ возстаніемъ или междуусобною войною, но внушенныхъ политическими мотивами. Выдающимся примѣромъ этого вида посягательствъ служитъ убійство государя или покушеніе на жизнь его. Со времени изданія Бельгійскаго закона 22 марта 1856 г., коимъ прямо отрицается политическій характеръ цареубійства и вмѣстѣ съ тѣмъ допускается выдача лицъ, виновныхъ въ этомъ посягательствѣ, большинство заключенныхъ европейскими державами конвенцій объ экстрадиціи содержатъ оговорку въ смыслѣ упомянутаго закона; подобной оговорки не имѣется только въ договорахъ этого рода, заключенныхъ Франціею съ Великобританіей (14 августа 1876 г.), Швейцаріею (9 іюля 1869 г.) и Италіей (12 мая 1870 г.). Было бы однако ошибочно полагать, что названныя державы возводятъ цареубійство на степень политическаго преступленія. Англійская комиссія 1869 года, въ 5-ой своей резолюціи, постановила: „Парламентскій актъ долженъ узаконить, что во всякій договоръ объ экстрадиціи обязательно вносится условіе о невыдачѣ лицъ, обвиняемыхъ въ преступленіяхъ, коихъ политическій характеръ будетъ признанъ стороною, къ которой обращено требованіе о выдачѣ, причемъ однако это изъятіе не обнимаетъ лицъ, обвиняемыхъ въ

преступленіи, составляющемъ, по мнѣнію стороны, къ которой предъявлено требованіе о выдачѣ, убійство или покушеніе на убійство".¨ Подобнымъ образомъ и королевская комиссія, созванная въ 1877 году, признавая въ принципѣ, что правило о невыдачѣ за политическія преступленія не должно подлежать въ чемъ либо измѣненію, какъ бы ни были ужасны размѣры и характеръ возстанія, присовокупляетъ затѣмъ: „совершенно другое дѣло, когда, для достиженія какой либо политической или мнимо политической цѣли, совершается ужасное общее преступленіе, каковы убійство или поджогъ. Нѣтъ никакого основанія распространять изъятіе на этого рода дѣянія, хотя бы они и были внушены политическими мотивами. Такимъ образомъ, подлежащей власти не должно быть предоставляемо право отказывать въ выдачѣ лица, обвиняемаго въ такомъ дѣяніи, которое (оставляя въ сторонѣ его мотивы) должно считаться обыкновеннымъ преступленіемъ, развѣ бы такое дѣяніе было учинено во время междуусобной войны или открытаго возстанія; въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ невыдача лица, обвиняемаго въ преступленіи, совершенномъ изъ побужденій политическаго свойства, желательна, только само правительство можетъ, пользуясь своею дискреціонною властью, отказать въ выдачѣ.

Что касается Швейцаріи, то мотивомъ къ ея отказу внести въ конвенцію 1869 г. съ Франціею оговорку касательно цареубійства послужило „существенное различіе въ началахъ политической организаціи договаривающихся государствъ" (тогда какъ во Франціи посягательство на жизнь Императора признавалось въ то время спеціальнымъ преступленіемъ, жизнь президента Швейцарскаго союза пользуется государственною охраною только наравнѣ съ жизнію каждаго швейцарскаго гражданина). Нельзя однако же замѣчаетъ авторъ, видѣть въ этомъ отказѣ намѣреніе швейцарскаго правительства присвоить убійству иностраннаго государя характеръ политическаго дѣянія. „La Confédération, сказано было въ объяснительной запискѣ къ упомянутому договору о выдачѣ, saura remplir loyalement ses devoirs vis-a-vis d'un État voisin et ami. Elle entend seulement se réserver le droit plein et entier d'examiner pour le cas d'attentat contre le souverain comme pour les cas ordinaires, si le fait a un caractère politique ou non". Разсматривая затѣмъ вопросъ съ точки зрѣнія доктрины, авторъ резюмируетъ свои положенія слѣдующимъ образомъ: преступленіе не можетъ считаться политическимъ только потому, что оно совершено съ политическою цѣлью или подъ

вліяніемъ политической страсти. Такъ напр. субъектъ, убѣжденный въ томъ, что извѣстное лицо ставитъ преграды осуществленію его политическихъ плановъ, убиваетъ это лицо; здѣсь, по мнѣнію автора, нѣтъ политическаго преступленія, а лишь убійство, совершенное подъ давленіемъ политической страсти, что не одно и то же. Почему, спрашиваетъ Рэно, страсти политической придавать большее значеніе, нежели всякой другой страсти, по меньшей мѣрѣ столь же извинительной? Съ юридической точки зрѣнія нѣтъ политическаго убійства; фактъ убійства не перестаетъ быть таковымъ, совершенъ ли онъ изъ мести, изъ корысти или др. мотивовъ. Все, чего можно требовать отъ международнаго права во имя политическаго характера убійства, это—чтобы уголовная наказуемость таковаго не возвышалась въ виду свойства преслѣдуемой преступникомъ цѣли или высокаго положенія жертвы преступленія. Далѣе, по мнѣнію автора, бельгійскій законъ 1856 г. долженъ быть дополненъ поправкою, что убійство или покушеніе на убійство, съ политическою цѣлью, лица не коронованнаго не можетъ быть (какъ это выходитъ изъ толкованія упомянутаго закона a contrario) разсматриваемо какъ политическое предступленіе. Ни намѣреніе преступника, ни свойства жертвы преступленія не измѣняютъ юридической природы факта, оцѣнка котораго должна производиться только на основаніи входящихъ въ составъ его элементовъ. Изъ того, что посягательство на жизнь государя должно быть разсматриваемо какъ убійство, не принимая въ соображеніе особаго положенія жертвы, далѣе слѣдуетъ, что выдача можетъ имѣть мѣсто лишь подъ условіемъ сужденія и наказанія лица, выдача котораго требуется,—какъ за убійство частнаго лица, потому что жизнь иностраннаго государя не должна быть охраняема ни менѣе, ни болѣе, чѣмъ жизнь каждаго гражданина.

О ПРЕДѢЛАХЪ ДѢЙСТВІЯ УГОЛОВНАГО ЗАКОНА ВО ВРЕМЕНИ.

(ст. 12 проекта редакціонной коммисіи)

I.

Binding, die Normen und ihre Uebertretung, изд. 1873 г., стр. 78 и слѣд.

Вопросъ о томъ, какія обязанности возникаютъ изъ новаго закона для законодателя и какія права для преступника, иначе

старый вопросъ о такъ называемой обратной силѣ уголовныхъ законовъ разрѣшался неправильно, главнымъ образомъ благодаря постоянному смѣшенію нормы съ уголовнымъ закономъ, а также ложному пониманію послѣдняго. Если считать, что уголовный законъ есть императивъ, который, начиная съ извѣстнаго дня, приказываетъ своимъ подданнымъ (Gesetzesunterthanen): вы должны не совершать таких то и таких то дѣйствій подъ угрозою опредѣляемыхъ мною наказаній; если смотрѣть на преступника, какъ на нарушителя именно этого уголовнаго закона, превращающаго условную карательную угрозу въ безусловную; если далѣе видѣть въ уголовномъ законѣ властителя (den Beherscher) надъ совершенными подъ его господствомъ преступленіями, то приходится остановиться на томъ принципѣ (so mussman bei dem Princip ausmünden), въ силу котораго уголовный законъ долженъ и можетъ имѣть примѣненіе лишь ко всѣмъ преступленіямъ, учиненнымъ во время нахожденія его въ дѣйствіи. Требованія справедливости однако приводятъ въ такомъ случаѣ къ установленію изъятія, что позднѣйшій законъ, если онъ благопріятнѣе для подсудимаго, долженъ въ его интересахъ получить къ нему примѣненіе; а если, при такомъ взглядѣ на вещи, за преступникомъ, сверхъ того, признается пріобрѣтенное имъ право на „свое собственное наказаніе", т. е. наказаніе на основаніи того закона, который имъ былъ нарушенъ, то, замѣчаетъ авторъ, смягченіе наказанія въ силу *новаго* закона должно бы, казалось, послѣдовать не иначе, какъ съ позволенія *стараго* преступника.

Если однако отрѣшиться отъ этого ложнаго взгляда, если считать, что центръ тяжести уголовнаго закона лежитъ въ карательной обязанности государства, имѣющей опредѣленные объемъ и содержаніе, или же разсматривать уголовный законъ, какъ наставленіе для судьи криминалиста, то необходимость быть послѣдовательнымъ приводитъ къ положенію, что новый уголовный законъ со дня вступленія его въ дѣйствіе долженъ служить единственною путеводною нитью для уголовнаго приговора. Непримѣнимость новаго, болѣе жестокаго закона, можетъ въ такомъ случаѣ основываться исключительно на требованіяхъ снисходительности и съ этой точки зрѣнія, конструкція пріобрѣтеннаго права преступника на болѣе мягкое наказаніе по прежнему закону— оказывается вполнѣ несостоятельною. Признать оба воззрѣнія правильными значило бы впасть въ неразрѣшимое противорѣчіе.

Такъ какъ окончательный приговоръ выражаетъ собою, что на государствѣ лежитъ опредѣленная карательная обязанность въ отношеніи противной стороны, и этотъ приговоръ далѣе не можетъ быть оспариваемъ государствомъ, какъ стороною, то отсюда слѣдуетъ, что уголовные приговоры, которые новый законъ застаетъ уже вступившими въ окончательную силу, должны остаться неприкосновенными, внѣ его вліянія. Противъ мнѣнія Лассаля (System der erworbenen Rechte, т. I, стр. 353), усматривающаго въ неприкосновенности уголовныхъ приговоровъ и неподчиненія ихъ вліянію новаго закона „einen kaum begreiflichen Beweis von der erdrückenden und tödenden Macht der Formel", на томъ основаніи, что приговоръ есть силлогизмъ и съ измѣненіемъ въ немъ большей посылки, всѣ построенные на этой посылкѣ выводы теряютъ почву и не должны быть приводимы въ исполненіе.—Binding возражаетъ, что этимъ вовсе не оспаривается право законодателя распространить особымъ постановленіемъ дѣйствіе новаго закона и на тѣ наказанія, кои уже приводятся въ исполненіе, но при этомъ не можетъ быть игнорируемо вытекающее для преступника изъ постановленнаго о немъ приговора право требовать, чтобы участь его не подверглась отягченію. Государственный запретъ, коимъ предписывается не совершать извѣстныхъ дѣйствій, является съ безусловно обязательнымъ характеромъ для его подданныхъ, все равно, связало ли государство съ нарушеніемъ этого запрета извѣстныя юридическія послѣдствія, или нѣтъ. Рѣшеніе вопроса, должно ли нарушеніе сопровождаться такими послѣдствіями, или нѣтъ, принадлежитъ всецѣло государству. Если государствомъ такія послѣдствія установлены, то преступники никакимъ образомъ не пріобрѣтаютъ права на угрожаемое наказаніе. Der Räuber kommt nicht kraft seines Rechts ins Zuchthaus und kann sich nicht beschweren, wenn seiner That die angedrohte Strafe nicht zu Theil wird. Sonst müsste er auch kein Recht zu verlangen, dass wenn überhaupt eine Rechtsfolge eintrete, diess die im Gesetz welches zur Zeit seiner That gilt, fixirte sei: hat er kein Recht auf Eintritt der Rechtsfolge überhaupt, so ist er auch nicht befugt, den Eintritt der *ganzen* Rechtsfolge zu heischen, wenn etwa der Staat glaubt, nur die Hälfte eintreten lassen zu sollen. Wohl aber wird vielfach behauptet, er dürfe fordern, mit keiner härteren Strafe als die ihm das Gesetz droht, welches zur Zeit seiner That gilt, belegt zu werden. Такое право не можетъ быть выведено логическимъ путемъ. Оно могло бы возникнуть

лишь въ такомъ случаѣ, если бы государство вступило съ преступникомъ въ такой, положимъ, договоръ, согласно которому онъ долженъ выбирать между несовершеніемъ преступленія или совершеніемъ его съ уплатою за то съ своей стороны опредѣленной суммы штрафа. Изъ такого договорнаго соглашенія съ преступниками для нихъ возникало бы право на то, чтобы противная сторона односторонне не возвышала суммы штрафа, подлежащей уплатѣ. Но такое воззрѣніе неправильно, несостоятельно и приводитъ къ нелѣпымъ выводамъ. При такихъ условіяхъ о наказуемости можетъ вообще быть рѣчь въ томъ лишь случаѣ, если преступнику, при учиненіи дѣянія были извѣстны родъ и мѣра угрожаемаго за оное наказанія, а въ такомъ случаѣ напр., абсолютно-неопредѣленные уголовные законы слѣдовало бы признать вообще ничтожными. Равнымъ образомъ, подданный не можетъ имѣть права требовать, чтобы родъ наказанія, положеннаго за воспрещенныя дѣянія, оставался постоянно однимъ и тѣмъ же. Тѣ, которымъ это мнимое право преступника на „принадлежащее ему наказаніе" казалось загадочнымъ, призывали на помощь справедливость изъ опасенія, чтобы преступника не постигло болѣе строгое наказаніе, чѣмъ то которое опредѣлялось закономъ времени учиненія преступленія. Но на чемъ могло быть основано подобное требованіе справедливости? Только на томъ, что преступникъ, соображая при совершеніи дѣянія возможныя для него послѣдствія на основаніи уголовнаго закона, могъ разсчитывать, что онъ не подвергнется наказанію болѣе строгому, нежели угрожаемое тѣмъ закономъ, и что предвидѣніе болѣе строгаго наказанія, быть можетъ, удержало бы его отъ совершенія преступленія. Но подобныхъ предположеній нельзя допустить: міръ преступниковъ не ожидаетъ подвергнуться уголовной карѣ, думая лишь о томъ, какъ бы обмануть государство въ его разсчетахъ на наказуемость и не вдаваясь въ разсужденія о томъ, какой карательной эквивалентъ соотвѣтствуетъ учиняемому преступленію. Иначе пришлось бы признать во имя справедливости, что напр. при системѣ относительно опредѣленныхъ наказаній, нельзя восходить далѣе опредѣляемаго въ законѣ минимума, если преступникъ разсчитывалъ отдѣлаться наказаніемъ въ этомъ именно размѣрѣ, а тогда ужъ, право, лучше предоставить самому преступнику избрать *свое собственное* наказаніе. Grade wer die Tragik versteht, die in dem Verbrechen liegt, wird sich am Wenigsten in solches unlogisches Paciseiren mit demselben einlas-

sen. Ernst wie die das Recht angreifende Leidenschaft sei auch ihre Bekämpfung, milde zugleich, aber in dem für notwendig erkannten auch unerbittlich! Въ борьбѣ права съ неправомъ оружіе выбирается государствомъ, и притомъ имъ однимъ, нисколько не стѣсняясь пріобрѣтенными его подданными правами на наказаніе вообще или на извѣстный родъ его въ частности. Если уголовный законъ обязываетъ государство облагать установленныя имъ преступныя дѣянія (Verbrechensthatbestände) непремѣнно только тѣми наказаніями, которыя опредѣлены въ дѣйствующемъ законѣ и никакими другими, и если далѣе эта обязанность, въ ея опредѣленной закономъ формѣ, наступаетъ для государства со дня вступленія закона въ силу,—то отсюда слѣдуетъ, что съ этого дня государство можетъ допустить осуществленіе лишь тѣхъ уголовныхъ угрозъ и постановленій, объявляющихъ извѣстныя дѣянія ненаказуемыми, кои указаны въ новомъ законѣ. Опредѣленіе наказаній по прежнему отмѣненному закону, представляется столь же противорѣчащимъ обязанности (pflichtwidrig) государства, какъ и защищаемая нерѣдко просвѣщенными юристами возможность примѣненія государствомъ у себя иностранныхъ уголовныхъ законовъ. Уголовный законъ вмѣстѣ съ положеніемъ о введеніи его въ дѣйствіе (Einführungsgesetz) имѣетъ для государства тотъ смыслъ, что отнынѣ этимъ закономъ опредѣляются карательныя функціи государства, которое съ этихъ поръ принуждается обсуждать всѣ дѣянія,—въ томъ числѣ и учиненныя при дѣйствіи отмѣненнаго закона, но еще не получившія окончательнаго разрѣшенія—на основаніи новаго закона. Объ обратномъ дѣйствіи новаго уголовнаго закона не можетъ быть рѣчи, какъ и о дѣйствіи стараго закона послѣ изданія новаго. Обязанность государства, продолжавшаяся до дня вступленія въ силу новаго закона, съ этого дня прекратилась; мѣсто ея заняла новая обязанность, которая такъ же, какъ и прежняя претендуетъ на исключительное господство. Эта обязанность, сравнительно съ прежнимъ закономъ, можетъ явиться видоизмѣненною: дѣяніе, прежде считавшееся наказуемымъ, здѣсь пройдено молчаніемъ; преступное содержаніе другаго дѣянія опредѣлилось теперь точнѣе, а сообразно съ этимъ и карательная обязанность государства сдѣлалась болѣе строгою. Въ этомъ отношеніи, противъ мнѣнія Беккера, утверждающаго, что, издавая свои законы, государство должно признавать ихъ всѣ въ одинаковой степени совершенными, можно привести слѣдующія прекрасныя слова Лас-

саля: „Gesetze stellen einen geistigen Inhalt, neue Gesetze einen neu erlangten und von der Gesellschaft sogar fur obligatorich erklärten Vernunftinhalt dar. Wie ein neu entzündetes Licht seine Helle auf alles auch das vorher dunkle verbreitet, so wirkt jede neu erlangte Intelligenz auf alle noch so sehr vergangene Objekte der Beurtheilung zurück (System der erworbenen Rechte, I т., стр. 55). Нельзя приписывать происхожденіе мягкаго закона возвышенной гуманности и смотрѣть на строгій законъ, какъ на результатъ безчеловѣчной жестокости законодателя. Государство, чтобы выполнить свою задачу, обязано въ одномъ случаѣ смягчать, въ другомъ усиливать репрессію.—Если, въ виду наступленія какихъ либо особыхъ условій (военнаго времени, осаднаго положенія), государство находитъ нужнымъ усилить наказуемость учиняемыхъ въ это время преступныхъ дѣяній, и въ то же время признаетъ прежнюю наказуемость преступленій, совершавшихся до наступленія чрезвычайныхъ обстоятельствъ, вполнѣ достаточною, то оно обязано ранѣе того учиненныя преступленія облагать прежними наказаніями, а учиненныя послѣ объявленія военнаго или осаднаго положенія подвергать наказанію на основаніи новаго закона. Обѣ эти обязанности со стороны государства будутъ исполнены, если оно прямо объявитъ, что примѣненіе новаго закона ограничивается дѣйствіями, учиненными при чрезвычайныхъ обстоятельствахъ, все равно совершены ли они до или послѣ изданія болѣе строгаго закона.

Обязанность, вытекающая для государства изъ новаго закона, можетъ быть формулирована слѣдующимъ образомъ:

1) Первый случай: дѣяніе, совершенное при прежнемъ законѣ, но о которомъ до дня обнародованія новаго закона не состоялось еще окончательнаго судебнаго приговора, признавалось, какъ тѣмъ, такъ и другимъ законами наказуемымъ. Будетъ ли новое наказаніе строже или мягче или только другаго рода, судья обязанъ присуждать только къ нему, государство должно допускать примѣненіе только новаго наказанія.

2) Второй случай: дѣяніе, учиненное при прежнемъ уголовномъ законѣ и воспрещавшееся этимъ закономъ подъ страхомъ наказанія, объявляется новымъ закономъ ненаказуемымъ (вслѣдствіе ли того, что дѣяніе прямо объявляется ненаказуемымъ или о немъ только умалчивается въ кодексѣ; или потому, что ненаказуемость дѣянія вытекаетъ изъ какого либо общаго основанія,

лишающаго это дѣяніе его уголовнаго характера или погашающаго его наказуемость; или же новый законъ, для наказуемости дѣянія, требуетъ, чтобы въ составъ его привходилъ новый признакъ, который прежде отсутствовалъ въ этомъ дѣяніи; или, наконецъ, согласно новому закону, карательная обязанность государства возникаетъ не изъ законопротивнаго дѣйствія, самаго по себѣ, а изъ другаго, внѣ его лежащаго факта, и этотъ фактъ въ сказанномъ дѣйствіи отсутствуетъ). Въ такомъ случаѣ судья, по вступленіи новаго закона въ силу, не можетъ присуждать за данное дѣяніе къ наказанію, а государство облагать оное наказаніемъ.

3) Дѣяніе, признававшееся прежде законопротивнымъ, но не наказуемымъ, становится наказуемымъ по новому закону. Въ этомъ случаѣ дѣяніе, учиненное прежде дѣйствія новаго закона, о которомъ еще не состоялось окончательнаго приговора, должно остаться безнаказаннымъ, но не потому, что нарушитель закона пріобрѣлъ, въ силу стараго закона, право на ненаказуемость (наказаніемъ его не причиняется ему никакой неправды), а по другимъ основаніямъ. Обязанность государства, на основаніи стараго закона заключалась въ оставленіи такого дѣйствія безнаказаннымъ. Пока старый законъ оставался въ силѣ, дѣйствія эти не создавали для государства обязанности уголовной репрессіи, со дня же вступленія новаго закона въ дѣйствіе, для государства возникаетъ обязанность подвергать оныя преслѣдованію. Карательная обязанность государства, которую данное дѣяніе не могло создать до появленія новаго закона, не могла, силою новаго закона, внезапно возникнуть (plötzlich hervorgezaubert werden) изъ того же дѣянія. Если бы признать, что новая уголовная санкція (Verpönung) создаетъ для государства въ предѣлахъ его юрисдикціи карательную обязанность по отношенію ко всѣмъ до того времени учиненнымъ дѣйствіяхъ того же рода, то это, другими словами, значило бы, что отмѣна новою карательною обязанностью государства прежней его обязанности оставлять дѣйствіе ненаказуемымъ совершается не въ одинъ опредѣленный день, но что первая обязанность отрицаетъ и отмѣняетъ вторую путемъ обратнаго воздѣйствія еще въ то время, когда эта послѣдняя оставалась въ силѣ. Что либо существующее безъ сомнѣнія можно уничтожить, но никогда нельзя сдѣлать его не существовавшимъ.

II.

Bekker, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, изд. 1857 г., стр. 194 и слѣд.,

Рѣшеніе вопроса о томъ, имѣетъ ли отдѣльная правовая норма силу для тѣхъ лишь дѣяній, кои были совершены впродолженіе ея юридическаго существованія или же она можетъ также оказывать свое вліяніе и на другія дѣянія, совершенныя до или послѣ ея возникновенія—не можетъ быть выведено изъ природы правовыхъ нормъ вообще, такъ какъ вопросъ не можетъ быть разрѣшенъ одинаково для всѣхъ родовъ правовыхъ нормъ. Въ примѣненіи къ уголовнымъ нормамъ вопросъ разрѣшается на основаніи соображеній, вытекающихъ изъ существа преступнаго дѣянія. Если при этомъ имѣть въ виду не всѣ уголовно правовыя нормы, а только уголовные законы, то основное правило, опредѣляющее дѣйствіе ихъ во времени, выразится такъ: Das Gesetz ist wirksam so lange es besteht, nicht vorher, nicht nachher. Всѣ согласны въ томъ, что преступленіе, совершенное по отмѣнѣ какого либо уголовнаго закона, не можетъ подлежать наказанію на основаніи сего послѣдняго. Не въ такой степени безспорнымъ представляется то же положеніе, когда ставится вопросъ о томъ, ограничивается ли дѣйствіе вновь изданнаго закона только тѣми преступными дѣяніями, кои были учинены уже по вступленіи его въ дѣйствіе, или же власть его простирается и на дѣянія, учиненныя до того, о которыхъ теперь долженъ быть постановленъ приговоръ, или кои теперь должны подвергнуться наказанію. Уголовный законъ можетъ быть разсматриваемъ какъ наставленіе для судьи, опредѣляющее объемъ его карательной власти. Если бы законъ имѣлъ только значеніе наставленія судьѣ, то послѣдній долженъ былъ бы примѣнять его ко всѣмъ случаямъ, подлежащимъ его разрѣшенію, не обращая вниманія на время совершенія преступнаго дѣянія; но уголовный законъ, чрезъ обнародованіе его, получаетъ сверхъ того значеніе общественнаго запрета (ein öffentliches Verbot): каждое отдѣльное преступленіе является намъ, какъ дѣяніе, противное запрету и притомъ противное опредѣленному государственному запрету. Но каждымъ даннымъ дѣйствіемъ можетъ быть нарушенъ лишь тотъ запретъ, который существовалъ въ то время, когда дѣйствіе было совершено, а затѣмъ, если какимъ либо дѣйствіемъ од-

нажды нарушенъ извѣстный запретъ, то человѣческая сила не можетъ сдѣлать этого несовершившимся. Въ качествѣ нарушенія закона, преступленіе въ тотъ же моментъ, когда оно совершается, получаетъ прочное юридическое значеніе, опредѣляемое тѣмъ самымъ закономъ, который былъ имъ нарушенъ; этимъ закономъ опредѣляется величина вины, заключающейся въ дѣяніи, и соотвѣтствующее размѣрамъ вины наказаніе. Будетъ ли это наказаніе позднѣе приведено въ исполненіе, или нѣтъ,—это другой вопросъ, но оно заслужено (verwirkt) и въ этомъ отношеніи ничто не можетъ быть измѣнено. Такъ напр. прежній законъ наказываетъ за поддѣлку бумагъ на предъявителя, какъ за обыкновенную поддѣлку документовъ, а новый законъ смотритъ на это преступленіе, какъ на поддѣлку монеты. Лицо, учинившее во время дѣйствія стараго закона поддѣлку этого рода бумагъ, совершило поддѣлку документовъ, а не какое-либо иное дѣяніе, и никакой законодатель и ни одинъ судья не могутъ измѣнить этого. Новый законъ угрожаетъ наказаніемъ за извѣстныя безнравственныя дѣйствія, считавшіяся до того времени ненаказуемыми. Лицо, совершавшее до изданія закона этого рода дѣйствія, не нарушало тѣмъ ни новаго закона, ни вообще какого-либо иного закона, слѣдовательно, не учинило никакого преступленія, и судья, разсматривающій дѣло уже по вступленіи въ дѣйствіе новаго закона, не можетъ присуждать это лицо къ наказанію. Или: законъ причисляетъ къ юридически безразличнымъ отношеніямъ конкубинатъ, который до того времени воспрещался подъ страхомъ наказанія. Тотъ, кто до отмѣны прежняго закона жилъ въ конкубинатѣ, нарушилъ прежній запретъ и своимъ дѣйствіемъ заслужилъ наказаніе; поэтому и судья, произносящій приговоръ уже при существованіи новаго закона, обязанъ тѣмъ не менѣе приговорить виновнаго къ заслуженному имъ наказанію, если только въ законѣ по этому поводу не постановлено какое либо иное предписаніе.

И такъ уголовные законы могутъ, въ видѣ общаго правила, имѣть примѣненіе лишь къ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, кои были учинены во время нахожденія ихъ въ дѣйствіи, а не ко всѣмъ дѣяніямъ, находящимся въ это время въ разсмотрѣніи судебныхъ мѣстъ. Затѣмъ, если новый законъ не можетъ имѣть никакого вліянія на сужденіе дѣяній, учиненныхъ подъ дѣйствіемъ прежняго закона, но о которыхъ еще не было произнесено судебнаго приговора, то тѣмъ болѣе онъ не можетъ имѣть никакой власти

по отношенію къ такимъ дѣйствіямъ, о которыхъ уже раньше состоялись и вступили въ законную силу приговоры, и только приведеніе этихъ приговоровъ въ исполненіе имѣетъ мѣсто во время дѣйствія новаго закона. Даже если считать новый законъ примѣнимымъ къ старымъ, еще не вполнѣ разрѣшеннымъ дѣламъ, то и въ такомъ случаѣ нельзя было бы обязывать судью, и по окончательно рѣшеннымъ дѣламъ, измѣнять приговоры согласно съ новыми законоположеніями, уже потому, что по общему правилу судья не имѣетъ никакой власти по отношенію къ дѣламъ, рѣшеннымъ окончательно. Съ другой стороны слѣдуетъ допустить, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ новый законъ долженъ оказывать нѣкоторое вліяніе на тѣ дѣла, которыя онъ застаетъ еще неокончательно рѣшенными. Новый законъ не можетъ имѣть примѣненія къ прежнимъ дѣламъ только потому, что уголовное право составляютъ запреты; на этомъ основаніи и невозможность обратнаго примѣненія новаго закона ограничивается лишь входящими въ составъ его запретительными постановленіями. Карательныя же предписанія, не имѣющія этого характера (запретовъ), въ особенности же такія, кои предназначены для регулированія процесса, должны, съ самаго момента ихъ юридическаго возникновенія, примѣняться ко всѣмъ случаямъ. Тоже относится и къ тѣмъ законамъ, которыми не устанавливается никакихъ новыхъ правилъ, а лишь подтверждается прежній законъ; таковы аутентическіе пояснительные законы.

Вышеприведенныя положенія могутъ считаться общепризнанными; такъ всѣ согласны въ томъ, что по общему правилу уголовное дѣяніе должно обсуждаться на основаніи закона времени его совершенія, а не закона, дѣйствующаго въ то время, когда оно поступаетъ на судебное разсмотрѣніе. Одно лишь изъятіе изъ этого правила допускается въ настоящее время всѣми,—именно: когда новый законъ оказывается благопріятнѣе для подсудимаго, то онъ получаетъ примѣненіе и къ прежде совершеннымъ дѣяніямъ. Большинство криминалистовъ (Abegg, Köstlin, Wächter, Berner и др.) видятъ основаніе къ установленію такого изъятія въ томъ, что государство, издавая новый законъ въ отмѣну прежняго, признаетъ тѣмъ самымъ безусловное преимущество перваго. По мнѣнію Беккера, такое положеніе представляется совершенно ложнымъ. Государство не можетъ и не должно признавать (erklären) одинъ изъ своихъ законовъ болѣе совершеннымъ, чѣмъ дру-

гой. Проникнувшись тою истиною, что, обладая только человѣческими силами, оно постоянно можетъ впадать въ заблужденіе, (а слѣдовательно, и провозглашая преимущество новаго закона надъ старымъ, оно также могло бы ошибаться), государство должно всѣ издаваемые имъ законы разсматривать какъ въ одинаковой степени совершенные, приписывая всѣмъ имъ одинаковую формальную непогрѣшимость. Каждый государственный законъ есть выраженіе государственной воли. Государство не имѣетъ надъ собой никакого судьи на землѣ и не можетъ само себя судить. Оставляя законъ въ силѣ до извѣстнаго времени, государство признаетъ его дальнѣйшее существованіе, впредь до этого времени, цѣлесообразнымъ; если бы это не было въ его намѣреніяхъ, оно бы нашлось вынужденнымъ отмѣнить законъ ранѣе этого срока. Отмѣняя законъ, государство тѣмъ объявляетъ, что на будущее время законъ болѣе не представляется ему соотвѣтственнымъ, но и теперь оно не признаетъ, что законъ этотъ, съ момента его отмѣны, сдѣлался вообще нецѣлесообразнымъ. Государство не можетъ сказать, что принятое имъ теперь рѣшеніе лучше прежняго, потому что для такой сравнительной оцѣнки у него недостаетъ надёжнаго масштаба; обстоятельства измѣнились: то, что соотвѣтствовало прежнимъ условіямъ, не соотвѣтствуетъ теперешнимъ, точно такъ же, какъ вновь изданныя узаконенія не соотвѣтствовали бы прежнимъ условіямъ. Если признать, что именно такой, а не иной смыслъ имѣетъ изданіе новыхъ законовъ, и въ частности новыхъ уголовныхъ законовъ, то столь же мало основаній допустить обратное дѣйствіе болѣе мягкихъ законовъ, какъ и болѣе жесткихъ. Кромѣ изложенныхъ соображеній въ пользу обратнаго дѣйствія болѣе мягкаго закона приводились и другіе доводы; такъ говорилось, что если извѣстный родъ наказанія (Strafart) новымъ закономъ упраздняется, то, послѣ изданія этого закона, упраздненное наказаніе одинаково не можетъ имѣть примѣненія, какъ къ старымъ, такъ и къ позднѣйшимъ случаямъ; предписаніе же, заключающееся въ новомъ болѣе мягкомъ законѣ, есть ничто иное, какъ отмѣна въ извѣстныхъ предѣлахъ прежнихъ болѣе строгихъ наказаній. Правильность такого вывода только кажущаяся. Допустимъ прежде всего, что непримѣнимость извѣстнаго рода наказанія, въ случаѣ послѣдовавшей отмѣны его, къ ранѣе совершеннымъ дѣяніямъ, подлежащимъ сужденію уже по изданіи новаго закона—не есть только изъятіе, а

общее правило, однако можетъ случиться, что прежнее наказаніе замѣняется болѣе тяжкимъ новымъ. Въ этомъ случаѣ придется или допустить обратное дѣйствіе болѣе строгаго закона, или же признать, что упраздненное наказаніе должно почитаться отмѣненнымъ только для вновь совершенныхъ дѣяній, а не для тѣхъ, кои учинены были при прежнемъ законѣ.

Истинное основаніе того, что законъ, упраздняющій извѣстный родъ наказанія, имѣетъ всеобъемлющее дѣйствіе (durchgreifende Wirkung), слѣдуетъ искать не въ томъ, что онъ является упразднителемъ этого наказанія вообще, а единственно въ волѣ законодателя, пожелавшаго сообщить данному закону такую всеобъемлющую силу.

Признавая поэтому, что обратная сила болѣе мягкаго закона, не вытекая изъ природы такого закона, можетъ быть сообщена ему лишь по волѣ законодателя, Bekker вмѣстѣ съ тѣмъ полагаетъ, что это право законодателя присвоивать уголовному закону обратное дѣйствіе принадлежитъ ему только относительно болѣе мягкихъ законовъ, но не по отношенію къ законамъ, усиливающимъ уголовную репрессію. Подлинно, мысль эта авторомъ выражена слѣдующимъ образомъ: «Zwischen der Möglichkeit einem mildernden und der einem verschärfenden Gesetz Rückwirkung rechtlich zuzusprechen, unterscheide ich aus folgenden Gründen: Der Staat hat in sein Strafrecht die Befugnis für sich mit aufgenommen, aus beliebigen Gründen von der rechtlich normirten Strafe abzugehn, und dem Verbrecher statt jener gelindere oder gar keine Strafe aufzuerlegen. Dies Begnadigungsrecht ist in das Strafrecht all der Staaten, auf die wir zu sehn haben, unlösbar verwoben. Ein ähnliches Verschärfungsrecht hat als Recht der Staat sich nicht vorbehalten. Von der ursprünglichen Strafgewalt kann der Staat Gebrauch machen auf beiden Seiten des Rechts, zu härterer und zu gelinderer Bestrafung. Aber zu dieser ursprünglichen unrechtlichen oder vielmehr überrechtlichen Strafgewalt greift der Staat, der ein Strafrecht aufgestellt hat, nur im letzten Nothfall zurück; und wir mögen hier ganz davon absehn. In das Strafrecht aber ist nur die Berechtigung zu der dem gemeinen Rechte widersprechenden Strafmilderung, nicht auch zur Straferhöhung seitens des Staates aufgenommen. Nur auf das *rechtlich* mögliche sehn wir jetzt. Rechtlich möglich ist es, eben durch das Begnadigungsrecht, den Verbrecher unter seiner Schuld, rechtlich unmöglich ihn über die Schuld zu strafen. Rechtlich möglich also auch wissentlich einen falschen Massstab auf die Schuld anzuwenden, wenn man sogleich weiss dass hiedurch

die Schuld kleiner und nicht grösser erscheinen wird. Die Anwendung des milderen Gesetzes auf frühere Fälle erscheint als dieser Gebrauch eines falschen stets zur Annahme kleinerer Schuld führenden Massstabes; die gleiche Anwendung des härteren Gesetzes müsste zur Annahme grösserer Strafbarkeit führen, und ist darum rechtlich unmöglich.»

Резюмируя изложенное, Bekker приходитъ къ слѣдующимъ выводамъ: *болѣе мягкій законъ самъ по себѣ не имѣетъ никакого вліянія на тѣ преступныя дѣянія, кои совершились подъ господствомъ болѣе строгаго закона; равнымъ образомъ государство не обязано присвоивать путемъ спеціальнаго предписанія каждому болѣе мягкому закону обратное дѣйствіе, какъ оно не обязано во всѣхъ случаяхъ пользоваться своимъ правомъ помилованія; государство однакоже можетъ сообщить болѣе мягкому закону обратную силу и въ такомъ случаѣ предписаніе его по сему предмету должно быть разсматриваемо, какъ помилованіе или смягченіе участи тѣхъ, кои подлежали бы наказанію на основаніи прежняго закона; государство не можетъ подобнымъ же образомъ сообщить обратное дѣйствіе болѣе строгому закону, такъ какъ оно не имѣетъ юридической власти возвышать наказуемость тѣхъ лицъ, виновность коихъ опредѣляется на основаніи прежняго закона.* Что же касается того, въ какомъ объемѣ обратное дѣйствіе новаго закона можетъ быть допускаемо, т. е. должно ли его дѣйствіе простираться и на приговоры, вступившіе въ окончательную законную силу, или же только на дѣла, еще не производящіяся въ судебныхъ мѣстахъ—то вопросъ этотъ разрѣшается исключительно политическими соображеніями.

III.

Wächter, Deutsches Strafrecht, стр. 78 и слѣд.

Вопросъ о томъ, какой изъ двухъ законовъ долженъ имѣть примѣненіе къ дѣянію, которое было совершено до дня обнародованія уголовнаго закона, слѣдовательно подъ дѣйствіемъ стараго закона, но въ моментъ начала дѣйствія новаго закона еще находится въ разсмотрѣніи суда (будетъ-ли то 1-я или 2-я инстанція), и такимъ образомъ окончательный приговоръ о немъ долженъ быть произнесенъ уже при новомъ законѣ,—разрѣшается весьма различно. Wächter признаетъ правильнымъ то воззрѣніе, которое

считаетъ начало необратнаго дѣйствія закона общимъ правиломъ примѣненія уголовныхъ законовъ. Основное положеніе, говоритъ онъ, вытекающее изъ природы вещей и необходимости огражденія правъ отдѣльнаго лица, а именно, что дѣяніе должно быть обсуждаемо на основаніи закона, дѣйствующаго во время его учиненія, примѣнимо ко всѣмъ законамъ, въ томъ числѣ и къ уголовнымъ. Такимъ образомъ юридическое значеніе и послѣдствія, вытекающія изъ дѣйствія лица, опредѣляются на основаніи этого закона. Отсюда далѣе, учиненное подъ властію этого закона дѣяніе не можетъ получить иной юридическій характеръ чрезъ обратное воздѣйствіе на него позднѣйшаго закона. Въ силу этого правила, старый законъ получаетъ примѣненіе къ дѣянію, учиненному при дѣйствіи этого закона и тогда, если старый законъ измѣненъ новымъ и приговоръ произносится въ то время, когда этотъ новый законъ уже возъимѣлъ свое дѣйствіе. Если напр. кто-либо учинилъ дѣяніе, ненаказуемое по дѣйствовавшему въ то время закону, а между тѣмъ новый законъ объявляетъ такое дѣйствіе наказуемымъ и дѣло впервые разсматривается при новомъ законѣ, то рѣшеніе по дѣлу должно быть постановлено согласно старому закону, т. е. дѣяніе не должно повлечь за собою никакого наказанія. Равнымъ образомъ, если кто либо учинилъ дѣяніе, облагавшееся по закону времени его совершенія болѣе легкимъ наказаніемъ, нежели опредѣляемое по новому закону, то судья, постановляющій приговоръ при дѣйствіи новаго закона, долженъ назначить наказаніе по старому закону. Изъятіе изъ этого общаго правила составляетъ тотъ случай, когда примѣненіе новаго закона оказывается болѣе благопріятнымъ въ интересахъ обвиняемаго, нежели примѣненіе закона времени учиненія дѣянія; въ этомъ случаѣ примѣненіемъ новаго закона не нарушается право обвиняемаго. Съ другой стороны законодатель очутился-бы въ противорѣчіи съ самимъ собою, если-бы онъ допустилъ примѣненіе къ ранѣе учиненнымъ дѣяніямъ болѣе строгаго прежняго закона, тогда какъ онъ пришелъ къ убѣжденію, что законъ этотъ слишкомъ строгъ, а слѣдовательно несправедливъ. Изъ Германскихъ законодательствъ, имѣвшихъ силу до изданія Германскаго уложенія, нѣкоторые слѣдовали вышеизложенному воззрѣнію; большинство-же (Вюртембергское, Саксонское, Тюрингенское, Баварское) совершенно неправильно считали общимъ правиломъ обратное дѣйствіе закона, а случаи,

когда законъ не имѣетъ обратной силы, разсматривали какъ изъятіе изъ этого правила. Такимъ изъятіемъ признавался тотъ случай, когда новый законъ являлся болѣе строгимъ, нежели прежній. Въ случаѣ же сомнѣнія въ томъ, который изъ двухъ законовъ долженъ быть признаваемъ болѣе строгимъ, судья былъ обязанъ примѣнять новый законъ.

IV.

Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, стр. 116 и слѣд.

Вопросъ о томъ, можетъ ли уголовный законъ имѣть примѣненіе и къ преступнымъ дѣяніямъ, совершеннымъ до его обнародованія, представляется спорнымъ въ доктринѣ. Въ послѣдней до настоящаго времени было господствующимъ воззрѣніе, признававшее, что новый законъ имѣетъ силу лишь по отношенію къ преступленіямъ, совершеннымъ послѣ вступленія его въ дѣйствіе, тогда какъ дѣянія, учиненныя до того времени, должны подлежать сужденію на основаніи отмѣненнаго закона. Различіе между отдѣльными мнѣніями по разсматриваемому вопросу заключалось лишь въ томъ, что тогда какъ одни склонялись къ допущенію, по юридическимъ основаніямъ, обратной силы дѣйствія новаго уголовнаго закона, если онъ является болѣе мягкимъ по сравненію съ прежнимъ (Berner, Lassalle, Wächter), другія и въ этомъ случаѣ отрицали обратную силу закона (Hälschner, Bekker). Только незначительное число новыхъ законодательствъ исходитъ изъ начала необратнаго дѣйствія новаго закона, установляя однако изъятіе для болѣе мягкаго закона.

Въ силу противоположнаго сему воззрѣнія, новый законъ имѣетъ примѣненіе ко всѣмъ дѣяніямъ, хотя бы и ранѣе его изданія совершеннымъ, но въ томъ случаѣ, если прежній законъ представляется болѣе мягкимъ, послѣдній сохраняетъ силу въ отношеніи дѣяній, учиненныхъ во время нахожденія его въ дѣйствіи (Köstlin, Schwarze, Schütze, Binding). Къ этому воззрѣнію примкнуло большинство нѣмецкихъ законодательствъ. Наконецъ, въ новѣйшее время стали утверждать, что ни обратное дѣйствіе новаго, болѣе мягкаго уголовнаго закона, ни сохраненіе уже отмѣненнымъ болѣе мягкимъ закономъ своей силы при дѣйствіи новаго закона—не могутъ быть разсматриваемы въ видѣ исключенія изъ общаго правила, ибо примѣненіе болѣе мягкаго

закона, какъ недопускающее изъятій, является само основнымъ началомъ (Rönne, Pulvermacher). Этому началу слѣдуютъ тѣ законодательства, которыя признаютъ въ видѣ общаго правила, что къ дѣяніямъ, совершеннымъ до обнародованія новаго закона, примѣняется всегда законъ болѣе мягкій, не разсматривая при этомъ одно положеніе какъ общее правило, а другое какъ исключеніе.

Перешедшее въ новыя законодательства изъ римскаго и каноническаго права положеніе, что новый законъ относится только къ будущему времени и не имѣетъ обратной силы,—положеніе, изъ котораго логически вытекло другое: новый законъ оставляетъ неприкосновенными пріобрѣтенныя права—получило примѣненіе и въ уголовномъ правѣ. Уголовный законъ, какъ и всякій другой предусматриваетъ опредѣленные факты (Thatsachen), съ которыми должны быть связаны извѣстныя юридическія послѣдствія, а затѣмъ опредѣляетъ и самыя эти послѣдствія. Насколько новый законъ измѣняетъ тѣ реальныя условія (thatsächlichen Voraussetzungen), отъ которыхъ прежній законъ ставилъ въ зависимость возникновеніе, измѣненіе или уничтоженіе правъ и правовыхъ отношеній, дѣйствіе его простирается только на будущее время и онъ не можетъ своимъ обратнымъ дѣйствіемъ измѣнять пріобрѣтенныя подъ властію прежняго закона права и основанныя на нихъ правоотношенія. Преступное дѣйствіе порождаетъ правоотношеніе между дѣятелемъ и карательною властью, совершенно однакоже отличное отъ возникающихъ между частными лицами гражданскихъ юридическихъ отношеній. Если новый законъ пріурочиваетъ карательное право (Strafanspruch) государства къ такимъ дѣйствіямъ, которыя прежнимъ закономъ дозволялись, или по крайней мѣрѣ не облагались наказаніемъ, то онъ не можетъ, путемъ обратнаго дѣйствія, создать изъ фактовъ (Thatsachen), современныхъ старому закону, такое правоотношеніе, произвести которое эти факты не были въ то время способны. Отсюда далѣе слѣдуетъ, что уже образовавшееся при прежнемъ законѣ, чрезъ посредство преступнаго дѣянія, правоотношеніе между виновнымъ и карательною властію, продолжаетъ существовать и при новомъ законѣ, не измѣняясь вслѣдствіе того, что послѣднимъ измѣнены тѣ реальныя условія, изъ которыхъ такое правоотношеніе возникло. Такое измѣненіе фактическаго положенія (des Thatbestandes) можетъ состоять въ расширеніи области наказуемыхъ дѣяній, присоединеніемъ такихъ дѣяній, изъ коихъ

до того времени для государства не возникало карательнаго права. Въ этомъ случаѣ карательное право государства остается въ силѣ только по отношенію къ тѣмъ изъ учиненныхъ при прежнемъ законѣ дѣяній, которыя тогда считались наказуемыми; что же касается тѣхъ дѣяній, которыя впервые обложены наказаніемъ въ силу новаго закона, то карательное право государства возникаетъ только въ томъ случаѣ, если дѣяніе совершено уже при дѣйствіи новаго закона. Дѣяніе, учиненное при прежнемъ законѣ, коимъ оно воспрещалось подъ страхомъ наказанія не подвергается уголовной карѣ и въ томъ случаѣ, если новый законъ съуживаетъ кругъ наказуемыхъ дѣяній, объявляя такія дѣйствія ненаказуемымыми. Оставленіе такого дѣянія безъ наказанія должно быть объясняемо не столько обратнымъ дѣйствіемъ новаго закона, сколько тѣмъ, что государство, издающее законъ и государство карающее не суть разныя лица, а потому новый законъ выражаетъ собою отреченіе государства (если въ самомъ законѣ не выражено опредѣлительно противнаго) отъ пріобрѣтеннаго имъ права подвергнуть наказанію дѣянія, совершенныя до изданія новаго закона.

Насколько однако закономъ опредѣляются юридическія послѣдствія правъ и правоотношеній, онъ получаетъ, со дня своего вступленія въ дѣйствіе, примѣненіе не только къ правоотношеніямъ, возникшимъ во время его господства, но также и къ тѣмъ, которыя возникли ранѣе и еще продолжаютъ существовать. Если законодатель, побуждаемый желаніемъ пощадить уже существующія правоотношенія, допускаетъ изъятія изъ общаго правила, устанавливая постепенный переходъ отъ прежнихъ юридическихъ условій (Rechtszustände) къ новымъ, хотя онъ въ то же самое время лишаетъ ранѣе возникшія правоотношенія всякихъ юридическихъ послѣдствій и тѣмъ самымъ отмѣняетъ эти правоотношенія, то о юридическомъ основаніи для подобныхъ изъятій такъ же мало можетъ быть рѣчи, какъ нельзя говорить объ обратномъ дѣйствіи новаго закона, который не имѣетъ примѣненія къ наступившимъ при немъ послѣдствіямъ ранѣе возникшихъ правоотношеній. Отнимая съ извѣстнаго момента у стараго закона его силу, новый законъ не можетъ сдѣлать несуществовавшими тѣ юридическія послѣдствія, которыя произвелъ старый законъ при нахожденіи его въ дѣйствія и долженъ оставить въ неприкосновенности эти послѣдствія съ ихъ юридическимъ значеніемъ, также какъ съ другой стороны старый законъ не можетъ претен-

довать на сохраненіе своей силы, хотя бы въ самомъ ограниченномъ объемѣ, на ряду съ новымъ закономъ. Законъ подвергся отмѣнѣ, но вмѣстѣ съ нимъ не уничтожились возникшія подъ его господствомъ правоотношенія. Каковы будутъ затѣмъ дальнѣйшія юридическія послѣдствія этихъ правоотношеній,—это уже опредѣляется дѣйствующимъ, т. е. новымъ закономъ. Результатъ, вытекающій отсюда для уголовнаго права, будетъ тотъ, что новый законъ, коимъ юридическія послѣдствія какого либо преступнаго дѣянія измѣняются, оставляетъ въ силѣ возникшее изъ ранѣе учиненнаго преступнаго дѣянія правоотношеніе между дѣятелемъ и карательною властью, но тѣ юридическія послѣдствія этого правоотношенія, которыя наступаютъ только теперь, нормируются уже исключительно новымъ закономъ. Если въ этомъ отношеніи (между государствомъ и преступникомъ) слѣдуетъ признать существованіе чьего-либо пріобрѣтеннаго права, которое должно остаться неприкосновеннымъ отъ воздѣйствія новаго закона, то такимъ правомъ можетъ быть только право государства на наказаніе (rechtliche Tilgung) преступнаго дѣянія и дѣйствительно это право продолжаетъ существовать. Но условія осуществленія (Wirksamkeit) этого права сдѣлались, въ силу новаго закона, иными, чѣмъ были доселѣ и конечно нѣтъ никакихъ основаній признавать за государствомъ неизмѣняемое право (ein durch neue Gesetze nicht anzutastendes Recht) на тѣ уголовно - юридическія послѣдствія, кои были установлены старымъ закономъ, дѣйствовавшимъ во время учиненія преступнаго дѣянія. Если допустить, что государство въ этомъ отношеніи играетъ роль стороны (als Partei), то оно должно удовольствоваться предоставленнымъ въ силу новаго закона, объемомъ его правъ, совершенно такъ же, какъ не можетъ претендовать частное лицо, въ гражданскомъ правоотношеніи, когда новый законъ оставляетъ за его правомъ болѣе ограниченную область дѣйствія, нежели законъ времени возникновенія этого права. Если же разсматривать государство въ его судебной функціи, въ такомъ случаѣ придется признать то положеніе, что въ качествѣ судьи государство можетъ налагать на виновнаго такое лишь наказаніе, которое оно, какъ законодатель, признаетъ правомѣрнымъ и справедливымъ. Если говорить о правѣ преступника, пріобрѣтенномъ имъ чрезъ учиненіе дѣянія, то таковое является для него въ видѣ права требовать отъ государства, чтобы оно освободило его изъ того конфликта съ

юридическою нормою и собственнымъ правовымъ сознаніемъ (rechtliches Gewissen), въ которомъ онъ очутился вслѣдствіе своего дѣянія, и затѣмъ чтобы юридическія послѣдствія его дѣянія, въ формальномъ и матеріальномъ отношеніяхъ, были опредѣлены согласно съ закономъ; законъ же этотъ не можетъ быть инымъ кромѣ того, который дѣйствуетъ въ данное время. То положеніе, что преступное дѣяніе всегда должно быть судимо на основаніи закона времени совершенія дѣянія, никакъ не можетъ быть построено на юридическихъ началахъ съ точки зрѣнія государства-законодателя и государства—судьи, и основаніе такого положенія пришлось искать единственно въ правѣ преступника, въ его мнимо пріобрѣтенномъ чрезъ преступленіе правѣ на тѣ именно юридическія послѣдствія его дѣянія, которыя установлены закономъ времени совершенія этого дѣянія. Но такое право, выводимое теоріею предупрежденія и теоріею договора, падаетъ вмѣстѣ съ этими теоріями. Разсчетъ преступника на то, что наказаніе будетъ опредѣлено ему по закону времени учиненія его дѣянія не можетъ очевидно создать для него права въ этомъ смыслѣ. Даже съ точки зрѣніи гражданскаго договорнаго отношенія, гдѣ лицо безъ сомнѣнія имѣетъ право руководиться въ своихъ дѣйствіяхъ разсчетомъ на извѣстныя ожидаемыя имъ отъ этихъ дѣйствій юридическія послѣдствія, такой разсчетъ не можетъ гарантировать лицо отъ возможности съуженія новымъ закономъ объема дѣйствія основанныхъ на прежнемъ законѣ правоотношеній. Безъ всякаго сомнѣнія то гражданско-юридическое отношеніе, въ которомъ управомоченное лицо стоитъ къ лицу обязанному, представляется совершенно инымъ, нежели отношеніе преступника къ карательной власти государства, но именно эта неоднородность отношеній говоритъ менѣе всего въ пользу необходимости признать здѣсь существованіе нерушимаго никакимъ новымъ закономъ права на то именно наказаніе, которое опредѣлялось старымъ закономъ, тогда какъ тамъ о подобномъ правѣ на неизмѣняемость во времени, нормированныхъ прежнимъ закономъ, послѣдствій гражданскаго обязательства не можетъ быть и рѣчи.

Dem Rechte und der Pflicht des Staates gegenüber gesetzgebend für gerechte Strafsatzungen zu sorgen, und richtend die rechtmässige Strafe d. h. die von dem zur Zeit geltenden Gesetze angedrohte, zu verhängen, steht dem schuldigen weder ein Recht zu, auf die härtere Strafe des zur Zeit der That geltenden Gesetzes, etwa darum, weil er diese Strafe für

gerecht erachtet und sie zur Abbüssung seiner Schuld zu bedürfen glaubt, noch auch ein Recht auf die mildere Strafe des früheren Gesetzes, weil er bei Verübung der That nur sie als möglich vorhergesehen und erwartet habe.

Временныя карательныя постановленія, издаваемыя въ виду временныхъ исключительныхъ условій (напр. усиленіе наказаній для военнаго времени) не распространяются на дѣйствія, совершенныя до ихъ изданія, но въ этомъ нельзя видѣть уклоненія отъ общаго начала, въ силу котораго уголовный законъ имѣетъ примѣненіе не только къ дѣяніямъ, учиненнымъ во время дѣйствія этого закона, но и къ преступленіямъ, ранѣе того совершеннымъ, если только они признаются новымъ уголовнымъ закономъ наказуемыми. Въ подобныхъ случаяхъ законъ, дѣйствующій во время совершенія дѣянія, не можетъ почитаться отмѣненнымъ въ силу новаго закона, но дѣйствіе его временно пріостанавливается и притомъ въ отношеніи тѣхъ только преступныхъ дѣяній, которыя учинены впродолженіе военнаго времени, а потому онъ остается въ силѣ для тѣхъ правонарушеній, которыя, бывъ учинены раньше, подлежатъ сужденію и наказанію уже по объявленіи военнаго времени. Es kann das Srafgesetz von nur temporärer Geltung auch schon darum nicht auf die früher verübte That angewandt werden, weil diese ihrem Thatbestande nach nicht unter das temporäre Gesetz zu subsumiren ist, da dieses die Vorübung der That in der Zeit seiner Geltung zu einem nothwendigen Momente im Thatbestande des Delictes erhebt. Но отсюда нельзя, замѣчаетъ авторъ, сдѣлать того вывода, что учиненное подъ дѣйствіемъ временнаго уголовнаго закона преступленіе, и послѣ того, какъ этотъ законъ утратилъ силу, должно обсуждаться на основаніи этого закона, такъ какъ отмѣненный законъ одинаково недѣйствителенъ, присвоено ли ему только временное значеніе, или нѣтъ.

Что касается законовъ о давности, то тѣ изъ нихъ, коими опредѣляются условія погашенія уголовнаго преслѣдованія имѣютъ прежде всего процессуальный характеръ. Отсюда вытекаетъ то безспорное положеніе, что постановленія о давности должны имѣть примѣненіе ко всѣмъ наказуемымъ дѣяніямъ, въ томъ числѣ и къ учиненнымъ до того дня, съ котораго началось дѣйствіе сихъ постановленій. Поэтому новый законъ о давности долженъ имѣть примѣненіе къ прежде учиненнымъ дѣяніямъ не только въ томъ случаѣ, если имъ сокращается давностный срокъ, установленный старымъ

закономъ, или если онъ оказывается въ иномъ какомъ-либо отношеніи благопріятнѣе для дѣятеля, нежели прежній законъ, но и въ обратномъ случаѣ. Во всякомъ случаѣ примѣненіе стараго закона о давности къ дѣяніямъ, учиненнымъ подъ его властію, не можетъ быть основываемо на томъ соображеніи, что дѣятель пріобрѣлъ право именно на давность, установленную закономъ времени учиненія дѣянія (Berner, Wirkungskreis, стр. 58, Köstlin, System. стр. 53), а съ другой стороны несостоятельна и аргументація тѣхъ противниковъ изложеннаго мнѣнія (Zachariä, rückwirk. Kraft § 31, Wächter, sächs. Strafr. s. 118 f.), кои оспариваютъ подобное право преступника, говоря, что такое право имъ пріобрѣтается лишь съ протеченіемъ давностнаго срока, а до того времени онъ имѣетъ лишь надежду на пріобрѣтеніе этого права. Вопросъ можетъ заключаться, по мнѣнію Hälschner'а, лишь въ томъ, смотритъ ли законъ на постановленія о давности, какъ на имѣющія только процессуальный характеръ, или же относитъ ихъ одновременно и къ матеріальному праву; въ послѣднемъ случаѣ въ примѣненіи къ постановленіямъ о давности должно сохранить силу правило о преимущественномъ примѣненіи стараго или же новаго закона, смотря по тому, который изъ двухъ оказывается болѣе благопріятнымъ для подсудимаго. Съ своей стороны авторъ полагаетъ, что давность, по своимъ юридическимъ послѣдствіямъ, имѣетъ для матеріальнаго права существенное значеніе и потому принадлежитъ къ области послѣдняго.

V.

Garraud, Précis de droit criminel, стр. 70 и слѣд.

Въ объясненіе выраженнаго въ ст. 4 Code pénal правила о томъ, что квалификація и наказуемость дѣянія опредѣляются на основаніи закона, дѣйствовавшаго до совершенія этого дѣянія, приводится нерѣдко то основаніе, что законъ долженъ сначала предупредить преступника и затѣмъ уже поражать его, или, по выраженію Тьера: „le Code pénal est *fouet* par un bout et *sifflet* par l'autre.“ Подобный мотивъ, замѣчаетъ Garraud, становится вполнѣ понятнымъ въ примѣненіи къ тѣмъ многочисленнымъ нарушеніямъ, которыя относятся скорѣе къ полицейскому, нежели къ уголовному праву; таковы нарушенія законовъ фискальныхъ, законовъ объ охотѣ и рыбной ловлѣ и т. п. Но тотъ же мотивъ теряетъ почти всякое

значеніе, какъ скоро рѣчь идетъ о болѣе важныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, (какъ напр. убійство, похищеніе, подлогъ, посягательство на цѣломудріе и т. п.), ибо преступность таковыхъ указывается каждому скорѣе его совѣстью, нежели закономъ. По отношенію къ этимъ дѣяніямъ надлежитъ искать другой мотивъ, коимъ оправдывалось бы примѣненіе правила, что дѣяніе должно быть предусмотрѣно въ законѣ до его совершенія. Начало необратнаго дѣйствія уголовныхъ законовъ было внесено во французскій кодексъ, въ качествѣ оплота противъ произвола законодателя и судьи. Этотъ мотивъ *общественной пользы* самъ по себѣ обладаетъ силою, достаточною для того, чтобы поставить на прочную почву начало необратнаго дѣйствія уголовнаго закона и сдѣлать совершенно ненужными всякія раціоналистическія дедукціи, съ точки зрѣнія которыхъ пришлось бы допустить, что новый законъ долженъ имѣть примѣненіе даже къ дѣйствіямъ, оконченнымъ при господствѣ стараго закона, такъ какъ законодатель, издавая новый законъ въ замѣну стараго, признаетъ тѣмъ самымъ преимущество перваго. Останавливаясь далѣе на вопросѣ о томъ, примѣняется ли начало необратнаго дѣйствія закона въ уголовномъ правѣ на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ гражданскомъ, Garraud разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ. Въ гражданскомъ правѣ начало необратнаго дѣйствія закона есть скорѣе принципъ судебной интерпретаціи, нежели основной принципъ (constitutionnel), т. е. оно должно быть здѣсь разсматриваемо не какъ ограниченіе права законодателя присвоивать законамъ обратную силу, но какъ правило, начертанное для руководства судьи при примѣненіи тѣхъ законовъ, коимъ законодатель формально не присвоилъ обратнаго дѣйствія. Въ примѣненіи къ уголовному праву нѣкоторыя конституціи придавали началу необратнаго дѣйствія закона значеніе конституціоннаго начала, обязательнаго какъ для судьи, такъ и для законодателя. Такъ, правило: „nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi, établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée“ составило 8-ю статью деклараціи правъ человѣка и гражданина, которая послужила введеніемъ къ конституціи 3 сентября 1796 г. Статья 14-я деклараціи правъ и обязанностей, предшествовавшей конституціи 5 фрюктидора III года, пошла даже дальше, возведя на степень конституціоннаго принципа положеніе, что ни одинъ законъ,—ни уголовный, ни гражданскій,—не можетъ имѣть обратной силы. Но затѣмъ это начало не было повторено ни въ конституціи 14

января 1852 г., ни въ конституціонныхъ законахъ 1875 г., а вошло только въ Code pénal (art. 4), т. е. въ законъ, обязательный лишь для судебныхъ мѣстъ впредь до отмѣны его въ законодательномъ порядкѣ; если-бы новому закону, возводящему ненаказуемое до того времени дѣйствіе на степень преступнаго факта, была присвоена обратная сила, то судьи были бы обязаны примѣнять его въ этомъ смыслѣ; такимъ образомъ, начало необратнаго дѣйствія уголовнаго закона есть не болѣе, какъ правило судебной интерпретаціи. Прямымъ слѣдствіемъ необратнаго дѣйствія уголовнаго закона является то, что касательно пояснительныхъ уголовныхъ законовъ не можетъ быть и возбуждаемъ вопросъ о примѣненіи ихъ къ дѣяніямъ, учиненнымъ до ихъ обнародованія. Имѣя своимъ предметомъ разъясненіе смысла прежнихъ законовъ, они составляютъ часть этихъ послѣднихъ и не могутъ быть разсматриваемы какъ новые законы. Далѣе, нѣтъ основанія дѣлать различіе между законами, которые дѣйствительно суть только пояснительные, и тѣми, коимъ законодатель имѣлъ въ виду придать этотъ характеръ, такъ какъ законодатель въ правѣ присвоить обратное дѣйствіе всякому новому закону.

Вопросъ о коллизіи уголовныхъ законовъ, стараго и новаго, не допускаетъ безусловнаго рѣшенія, такъ какъ здѣсь возможно нѣсколько предположеній, а именно:

А) Новымъ закономъ измѣняется наказуемость преступныхъ дѣяній.

Здѣсь должно имѣть въ виду 3 случая:

1) дѣяніе, въ моментъ его совершенія, не было вовсе наказуемымъ, или облагалось извѣстнымъ опредѣленнымъ наказаніемъ (напр. тюрьмою отъ 1—3 мѣсяцевъ); новый законъ, изданный до возбужденія уголовнаго преслѣдованія за подобное дѣяніе, возводитъ оное на степень проступка или опредѣляетъ наказаніе за него въ размѣрѣ отъ 3 мѣсяцевъ до 1 года. Безъ сомнѣнія судъ въ этомъ случаѣ обязанъ примѣнить старый законъ. Но если одно изъ такъ называемыхъ длящихся преступленій, бывъ начато при дѣйствіи прежняго закона, признававшаго таковое ненаказуемымъ, продолжается по изданіи новаго закона, воспрещающаго подобныя дѣянія подъ страхомъ наказанія, то дѣятель не можетъ очевидно, ссылаясь на пріобрѣтенное право, требовать сохраненія прежняго status quo, такъ какъ удовлетвореніемъ такого рода при-

тязанія парализовалось бы всякое дѣйствіе общественной власти; нельзя изъ начала необратнаго дѣйствія уголовнаго закона выводить заключеніе, что дѣяніе, прежде считавшееся дозволеннымъ, можетъ сохранять тотъ же характеръ и подъ дѣйствіемъ новаго закона, воспрещающаго на будущее время совершеніе такихъ дѣйствій.

2) обратное предположеніе: вновь изданный законъ является снисходительнѣе прежняго, имъ уничтожается или смягчается уголовная наказуемость извѣстнаго дѣянія. Въ этомъ случаѣ прежній законъ не будетъ имѣть примѣненія къ дѣяніемъ, совершеннымъ до обнародованія новаго закона и не сдѣлавшимся еще предметомъ судебнаго рѣшенія, такъ какъ, отмѣняя или смягчая наказанія за извѣстное дѣйствіе или упущеніе, законодатель тѣмъ самымъ признаетъ это наказаніе несправедливымъ или безполезнымъ. Право наказанія имѣетъ въ основѣ своей справедливость и пользу: наказаніе несправедливое или не полезное не можетъ быть примѣняемо. Toute loi nouvelle plus douce doit donc rétroagir. Это начало обратнаго дѣйствія болѣе мягкаго закона приложимо не только къ дѣяніямъ, еще вовсе не бывшимъ предметомъ судебнаго разсмотрѣнія, но и къ судебнымъ приговорамъ, произнесеннымъ подъ дѣйствіемъ прежняго закона, но еще не вступившимъ въ законную силу. Такъ, если на приговоръ принесенъ апелляціонный отзывъ, то вторая инстанція должна или оправдать подсудимаго, если дѣяніе новымъ закономъ объявлено ненаказуемымъ, или уменьшить присужденное наказаніе, если таковое по новому закону является благопріятнѣе для подсудимаго. Если новый, болѣе снисходительный законъ вступаетъ въ силу послѣ принесенія на приговоръ судебнаго мѣста кассаціоннаго отзыва, то судъ кассаціонный обязанъ, не возвращая дѣла на новое разсмотрѣніе, признать приговоръ неимѣющимъ силы (въ томъ случаѣ, если дѣяніе перестаетъ быть наказуемымъ), или же, не принимая къ своему разсмотрѣнію кассаціонный отзывъ, возвратить приговоръ въ судъ для опредѣленія осужденному наказанія, согласно новому закону (если послѣднимъ таковое уменьшено). Вопросъ этотъ однако представляется спорнымъ: съ одной стороны государственная власть обязана привести въ исполненіе приговоръ, вступившій въ законную силу, и ничѣмъ не управомочена парализовать дѣйствіе уголовнаго приговора; но въ тоже время нельзя не признать, что коль скоро государственная власть считаетъ данное

наказаніе несправедливымъ или неполезнымъ, справедливость требуетъ, чтобы новая облегчительная мѣра была обращена въ пользу подсудимаго. Съ своей стороны авторъ находитъ, что принципіально слѣдуетъ признать примѣненіе въ подобныхъ случаяхъ новаго закона невозможнымъ, но что на законодателѣ лежитъ обязанность отмѣнить дѣйствіе прежняго, болѣе строгаго, закона и по отношенію къ осужденнымъ окончательными судебными приговорами, посред твомъ изданія особыхъ временныхъ по сему предмету постановленій.

Въ связи съ этимъ возникаетъ другой, еще болѣе трудный вопросъ о томъ, можетъ ли имѣть обратную силу такой новый законъ, коимъ измѣняется только способъ исполненія наказанія. Здѣсь могутъ имѣть мѣсто 2 случая: преступленіе еще не было судимо въ моментъ обнародованія новаго закона или же новый законъ вступилъ въ дѣйствіе послѣ того, какъ приговоръ о наказаніи, способъ отбыванія коего подвергся измѣненію, вступилъ въ законную силу. Въ обоихъ случаяхъ, по мнѣнію автора, вопросъ долженъ быть разрѣшаемъ одинаково: если новый законъ, измѣняя способъ исполненія наказанія, измѣняетъ тѣмъ самымъ и природу наказанія (la nature de la peine), то онъ можетъ получить примѣненіе къ учиненнымъ до его изданія дѣйствіямъ лишь при томъ условіи, если онъ оказывается благопріятнѣе для подсудимаго или осужденнаго, чѣмъ прежній законъ; если же новымъ закономъ измѣняется только способъ исполненія наказанія, причемъ послѣднее остается по своей природѣ тѣмъ же самымъ, то онъ примѣняется какъ къ лицамъ, находящимся подъ судомъ, такъ и къ осужденнымъ.

3) возможно наконецъ третье предположеніе: законъ времени совершенія преступленія отмѣненъ болѣе мягкимъ закономъ, но послѣдній затѣмъ, въ свою очередь, отмѣняется другимъ закономъ, болѣе снисходительнымъ по сравненію съ первымъ, но болѣе строгимъ нежели второй изъ этихъ законовъ. Такой случай представился въ одномъ, производившемся въ 1860 году въ ассизномъ судѣ Верхней Савойи, дѣлѣ: нѣкто подвергся судебному преслѣдованію за двоеженство; преступленіе было учинено во время нахожденія въ дѣйствіи Сардинскаго code pénal 1829 г., на основаніи котораго двоеженство наказывалось срочными каторжными работами или смирительнымъ домомъ (réclusion); нѣсколько мѣсяцевъ спустя вступилъ въ дѣйствіе новый уголовный кодексъ 1859 г., опредѣлявшій за двое-

женство ссылку (relégation); между тѣмъ Савойя была присоединена къ Франціи и обвиняемый подпалъ подъ дѣйствіе французскаго code pénal, назначающаго за двоеженство срочныя каторжныя работы. Безъ сомнѣнія, замѣчаетъ Garraud, въ этомъ случаѣ надлежало приговорить подсудимаго къ наиболѣе мягкому изъ трехъ, послѣдовательно смѣнившихъ одно другое наказаній, такъ какъ обвиняемый, находясь уже однажды подъ дѣйствіемъ наиболѣе для него благопріятнаго закона, успѣлъ пріобрѣсти право на то, чтобы участь его не подверглась въ будущемъ отягченію. Въ виду этого ассизный судъ приговорилъ подсудимаго къ relégation.

Б) Столкновеніе старыхъ и новыхъ процессуальныхъ законовъ.

Новый законъ, изданный до вступленія приговора о данномъ дѣяніи въ законную силу, измѣняетъ устройство или компетенцію судебныхъ установленій, которымъ до того дѣяніе было подсудно, или же процедуру предварительнаго слѣдствія, возбужденія уголовнаго преслѣдованія или судебнаго разсмотрѣнія; слѣдуетъ ли примѣнить къ дѣянію этотъ новый процессуальный законъ? Авторъ полагаетъ, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ, причемъ такое рѣшеніе вытекаетъ изъ самой природы процессуальнаго закона. Всякое измѣненіе въ организаціи судебныхъ учрежденій, ихъ подсудности и ихъ процедуры, предполагается вызваннымъ желаніемъ законодателя сдѣлать примѣненіе уголовныхъ законовъ болѣе точнымъ и болѣе справедливымъ, обезпечить болѣе совершеннымъ образомъ интересы обвиненія и интересы подсудимаго, въ видахъ обнаруженія судебной истины. Противъ обратнаго дѣйствія новыхъ процессуальныхъ законовъ нельзя возражать, что подсудимый пріобрѣлъ право требовать предоставленія ему тѣхъ гарантій, которыя вытекали для него изъ отмѣненныхъ процессуальныхъ формъ по закону времени совершенія имъ преступнаго дѣянія; отказывать государственной власти въ правѣ измѣнять организацію судебныхъ мѣстъ и процессуальныя формы и дѣлать эти законы обязательными со дня ихъ обнародованія значило-бы вторгаться въ сферу дѣйствій верховной власти; что же касается подсудимаго, то онъ вправѣ требовать только того, чтобы ему были даны средства доказать свою невиновность.

То положеніе, что процессуальные законы обладаютъ обратною силою, признается какъ доктриною, такъ и судебною

практикою безспорнымъ; вопросъ можетъ возникать лишь о томъ, не слѣдуетъ ли въ этомъ отношеніи установить различіе между тѣми преступными дѣяніями, которыя еще не подверглись судебному преслѣдованію, и тѣми, которыя уже находятся въ судебномъ разсмотрѣніи. Разрѣшая этотъ вопросъ отрицательно, Garraud полагаетъ однако, что новый процессуальный законъ не долженъ имѣть примѣненія въ томъ случаѣ, если дѣяніе уже было разсмотрѣно по существу судомъ, хотя бы приговоръ и не вступилъ еще въ законную силу. «Une autre solution, говоритъ авторъ, aurait pour résultat d'anéantir rétroactivement une sentence rendue par un tribunal compétent qui, jusqu'à son annulation par les voies légales, forme *droit acquis* pour les parties.»

B) Столкновеніе старыхъ и новыхъ законовъ, касающихся уголовной давности.

Новый законъ измѣняетъ срокъ или условія погашенія давностію преступленія или наказанія. Спрашивается: примѣнимы ли новыя постановленія о давности къ ранѣе учиненнымъ дѣяніямъ или приговорамъ, уже состоявшимся, но еще не успѣвшимъ покрыться давностію?

Усвоенное юриспруденціей различіе между законами формальными (lois de forme) и матеріальными (lois de fond) не даетъ ключа къ рѣшенію вопроса, такъ какъ законы, касающіеся уголовной давности, не имѣютъ рѣзко очерченнаго характера. При поверхностномъ анализѣ ихъ можно отнести къ категоріи формальныхъ законовъ, такъ какъ ими опредѣляется одно изъ условій уголовнаго преслѣдованія правонарушенія или исполненія приговора. Но въ то же время едва ли можно причислять къ чисто формальнымъ законамъ такіе, коими опредѣляется одно изъ существенныхъ условій преступнаго дѣянія и его наказуемости. Мнѣнія криминалистовъ по разсматриваемому вопросу раздѣлились; изъ нихъ два крайнія, требующія одно—примѣненія всегда стараго закона, а другое—всегда новаго закона, и два, занимающія между ними средину; изъ этихъ послѣднихъ одно высказывается за примѣненіе того изъ двухъ законовъ, который оказывается благопріятнѣе для подсудимаго, а другое предлагаетъ примѣнять оба закона пропорціонально количеству времени, протекшему подъ дѣйствіемъ каждаго изъ этихъ законовъ.

Согласно первому мнѣнію, долженъ имѣть примѣненіе всегда тотъ законъ, который дѣйствовалъ во время совершенія престу-

пленія или постановленія приговора. Защитники этого мнѣнія опираются во 1-хъ на то, что code civil, въ ст. 2281, разрѣшаетъ вопросъ о пріобрѣтательной давности, при столкновеніи стараго и новаго закона, въ пользу перваго. Этотъ аргументъ дополняется еще тѣмъ соображеніемъ, что субъектъ, совершившій преступленіе или подвергшійся осужденію подъ дѣйствіемъ даннаго закона, имѣлъ въ виду только этотъ законъ и разсчитывалъ именно на его примѣненіе; что, далѣе, и обвинительная власть на основаніи того же закона вычисляла срокъ, предоставленный ей для возбужденія уголовнаго преслѣдованія за правонарушеніе или для приведенія приговора въ исполненіе. Но это разсужденіе, замѣчаетъ авторъ, представляющееся весьма вѣскимъ съ точки зрѣнія гражданскаго права, лишено всякаго значенія въ правѣ уголовномъ. Уголовная давность есть институтъ публичнаго, а не частнаго права. Наконецъ, примѣненіе отмѣненнаго закона о давности, если имъ устанавливался давностный срокъ болѣе продолжительный, чѣмъ по новому закону, привело бы къ противорѣчіямъ. Напр. нѣкто совершаетъ убійство подъ дѣйствіемъ закона, опредѣляющаго десятилѣтній срокъ давности преступленія; два года спустя по совершеніи означеннаго преступленія издается новый законъ, сокращающій давностный срокъ до 5 лѣтъ. Согласно изложенному мнѣнію, прокуратура сохраняетъ право преслѣдованія за означенное убійство, какъ учиненное подъ дѣйствіемъ стараго закона о давности, въ то время какъ однородное дѣяніе, совершенное, положимъ, тремя годами позже, но послѣ изданія новаго закона, не могло бы подлежать преслѣдованію.

Согласно второму мнѣнію, раздѣляемому авторомъ, новый законъ, измѣняющій срокъ или условія давности, долженъ имѣть примѣненіе къ дѣяніямъ, до того совершеннымъ, и къ приговорамъ, уже состоявшимся. Уголовная давность установлена не въ интересахъ виновнаго, но въ интересахъ общества. Новый законъ, уже по одному тому, что онъ измѣняетъ прежнія законоположенія, долженъ предполагаться лучшимъ, болѣе соотвѣтствующимъ соціальнымъ интересамъ по сравненію съ тѣмъ, въ замѣну котораго онъ издается; обратное дѣйствіе уголовныхъ законовъ является поэтому началомъ *раціональнымъ*. Уклоненіе отъ этого начала, дѣлаемое относительно законовъ, создающихъ новыя преступленія или усиливающихъ наказуемость таковыхъ, вызывается

необходимостію охраненія пріобрѣтенныхъ правъ, но ни подсудимый или осужденный, ни государственный прокуроръ не могутъ претендовать на обратное дѣйствіе новаго закона, измѣняющаго срокъ или условія примѣненія давности: первый не можетъ возражать противъ увеличенія срока давности или отягченія условій ея примѣненія,—ибо тотъ фактъ, что ему до того времени удавалось избѣжать преслѣдованія, не рождаетъ для него *пріобрѣтеннаго права* на уклоненіе отъ преслѣдованія; второй—не можетъ претендовать на уменьшеніе давностнаго срока или облегченіе условій погашенія давностію, такъ какъ онъ дѣйствуетъ отъ лица и во имя общества, въ интересахъ котораго прежнія условія давности подверглись измѣненію.

Одно только лицо могло бы претендовать на обратное дѣйствіе новаго закона, въ томъ случаѣ, если послѣднимъ сокращается давностный срокъ—именно потерпѣвшее отъ преступленія, такъ какъ дѣйствіемъ новаго закона оно сразу лишается права иска о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ. Тѣмъ не менѣе и здѣсь нѣтъ нарушенія какого-либо пріобрѣтеннаго права. Установленіе одного и того же срока давностнаго погашенія какъ для иска публичнаго, такъ и для иска частнаго, коль скоро они вытекаютъ изъ преступнаго факта, прямо указываетъ на то, что законодатель имѣлъ при этомъ въ виду исключительно интересы общественные, а не частныхъ лицъ; новый законъ о давности предполагается соотвѣтствующимъ интересамъ общества, а слѣдовательно интересъ частнаго лица долженъ быть принесенъ въ жертву интересу общему.

Третье мнѣніе разсматриваетъ законы относительно давности, какъ законы о наказаніи, и примѣняетъ во всѣхъ случаяхъ законъ, болѣе благопріятный для преступника. Въ защиту этого мнѣнія приводится то, что предлагаемое имъ рѣшеніе вопроса представляется и наиболѣе *логичнымъ*, такъ какъ постановленія о давности, опредѣляя одно изъ существенныхъ условій преступнаго дѣянія, не суть только процессуальные законы,—и наиболѣе *справедливымъ*, такъ какъ при этомъ участь виновнаго не отягчается. Теорія эта, замѣчаетъ Garraud, оставляетъ безъ вниманія существо института уголовной давности, правила которой устанавливаются не въ интересахъ обвиняемаго или осужденнаго, а въ интересахъ общества, съ точки зрѣнія которыхъ новый законъ представляется болѣе удовлетворительнымъ.

Merlin (Repertoire, sect. I, § 3) предложилъ среднюю систему, которой прежде слѣдовалъ французскій кассаціонный судъ, а именно: протеченіе давности послѣдовательно опредѣляется на основаніи того и другаго закона, при чемъ исчисляется время, протекшее подъ дѣйствіемъ перваго закона о давности и подъ дѣйствіемъ новаго закона; изъ этого затѣмъ составляется пропорція, результатъ которой показываетъ, покрылось ли дѣйствіе обвиняемаго давностью, или нѣтъ. Въ одномъ дѣлѣ, при разрѣшеніи котораго кассаціонный судъ (рѣш. отъ 29 апрѣля 1808 г.) воспользовался этою системой, ему приходилось согласовать постановленія законовъ Пьемонта, установлявшихъ двадцатилѣтній давностный срокъ, съ постановленіями кодекса 3 брюмера IV года, опредѣлявшаго этотъ срокъ шестью годами. Кассаціонный судъ, усмотрѣвъ изъ обстоятельствъ дѣла, что подъ дѣйствіемъ пьемонтскихъ законовъ протекло 4 года 6 дней, пришелъ къ выводу, что для того, чтобы шестилѣтняя давность могла считаться протекшею, обвиняемый долженъ былъ доказать, что со времени обнародованія кодекса 3 брюмера протекло 4 года, 9 мѣсяцевъ и 16 дней безъ возбужденія противъ него уголовнаго преслѣдованія. Система эта, замѣчаетъ Garraud, весьма остроумна, но она не имѣетъ за себя никакого принципіальнаго основанія и могла бы получить примѣненіе только въ силу предписанія положительнаго законодательства.

VI.

Haus, principes généraux du droit penal Belge, стр. 120 и слѣд.

Вопросъ объ обратномъ дѣйствіи уголовныхъ законовъ не допускаетъ единообразнаго для всѣхъ случаевъ рѣшенія. Законъ новый, являющійся болѣе строгимъ, по сравненію съ прежнимъ, потому ли, что онъ угрожаетъ наказаніемъ за дѣйствіе, бывшее до того времени ненаказуемымъ, или возвышаетъ размѣръ наказанія, опредѣлявшагося прежнимъ закономъ, дѣйствуетъ только на будущее время. Напротивъ того новый болѣе снисходительный законъ, коимъ назначавшееся по прежнему закону наказаніе смягчается или дѣяніе, до того облагавшееся наказаніемъ, объявляется ненаказуемымъ,—имѣетъ обратную силу. Во всякомъ случаѣ, обратное воздѣйствіе закона можетъ простираться только на тѣ дѣянія, о которыхъ еще не состоялось окончательнаго судеб-

наго приговора. Съ другой стороны законы пояснительные, будутъ ли они благопріятны или неблагопріятны для интересовъ подсудимаго, всегда имѣютъ обратную силу.

Правило, не допускающее обратнаго дѣйствія уголовнаго закона во вредъ подсудимому, является послѣдовательнымъ выводомъ изъ основнаго принципа уголовнаго права. Наказаніе, налагаемое государствомъ, правомѣрно (légitime) только въ томъ случаѣ, если оно необходимо. Общественная власть должна узаконить наказаніе, прежде чѣмъ его примѣнять (moneat lex antequam feriat), ибо уголовная санкція, предувѣдомляющая и устрашающая, является могущественнымъ средствомъ предупрежденія преступленій. Необходимость примѣненія наказанія является несомнѣнною только въ томъ случаѣ, если дѣятель пренебрегъ законною угрозою и учиненіемъ преступленія доказалъ, что угроза закона оказалась безсильною для отвращенія совершившагося. Если допустить примѣненіе къ совершеннымъ дѣяніямъ закона прежде нежели онъ могъ сдѣлаться извѣстнымъ, то въ результатѣ наказывались бы такія дѣянія, учиненію которыхъ, быть можетъ, воспрепятствовала бы одна угроза закона, а въ такомъ случаѣ осуществленіе послѣдней не находитъ себѣ оправданія въ требованіяхъ необходимости. Изъ того же принципа, провозглашающаго условіемъ законности наказанія его соціальную необходимость, вытекаетъ правило объ обратномъ дѣйствіи болѣе мягкаго закона. Въ самомъ дѣлѣ общество допустило бы явную несправедливость и странную непослѣдовательность, продолжая примѣнять, хотя и къ ранѣе совершеннымъ дѣяніямъ, то наказаніе, которое оно признало необходимымъ уничтожить или смягчить по тому соображенію, что существованіе такого наказанія или его непомѣрная строгость казались ему неполезными.

Изъ того, что новый законъ, возводящій на степень преступнаго факта дѣйствіе, которое до того времени не имѣло преступнаго характера, не можетъ имѣть примѣненія къ дѣяніямъ, совершеннымъ прежде, чѣмъ этотъ законъ получилъ обязательную силу, и что поэтому послѣднія должны остаться безнаказанными, не слѣдуетъ однако, чтобы то положеніе вещей, которое, въ моментъ его возникновенія, считалось вполнѣ дозволеннымъ, могло оставаться неприкосновеннымъ и по изданіи новаго закона, коимъ оно воспрещается на будущее время. Такъ рѣшеніями кассаціонныхъ судовъ (французскаго отъ 18 авг. 1847 г. и бельгійскаго

отъ 12 авг. 1850 и 10 февр. 1851 г.) было признано, что полицейскій законъ, воспрещающій врывать тумбы вдоль домовъ, выходящихъ на улицу, долженъ примѣняться и въ тѣхъ случаяхъ, когда тумбы были врыты до изданія этого закона, хотя и съ разрѣшенія подлежащей власти. Съ другой стороны законъ, лишающій извѣстное дѣйствіе его преступнаго характера, долженъ получить немедленное примѣненіе, даже къ дѣяніямъ, совершеннымъ до его обнародованія. Правило, по которому обратную силу могутъ имѣть лишь тѣ уголовные законы, коими наказаніе измѣняется въ смыслѣ благопріятномъ для подсудимаго, допускаетъ однако же исключеніе, именно когда наказуемость, установлявшаяся прежнимъ закономъ, уничтожена новымъ. Въ этомъ случаѣ опредѣляемое новымъ закономъ наказаніе должно получить примѣненіе и къ дѣяніямъ ранѣе совершеннымъ, хотя бы оно было строже по сравненію съ отмѣненнымъ наказаніемъ, такъ какъ законодатель сталъ бы въ противорѣчіе съ основными началами уголовнаго права, если бы продолжалъ примѣнять наказаніе, имъ уже отмѣненное (причемъ безразлично, послѣдовала ли отмѣна прежняго наказанія по причинѣ невозможности приведенія его въ исполненіе, напр. ссылка (déportation), или потому что таковое не соотвѣтствовало политическимъ видамъ, напр. изгнаніе (bannissement), или же представлялось въ его глазахъ безнравственнымъ, напр. надѣваніе желѣзнаго ошейника, клейменіе). Принципъ обратнаго дѣйствія уголовныхъ законовъ только въ пользу, а не во вредъ подсудимаго, долженъ получить примѣненіе даже при столкновеніи трехъ, послѣдовательно смѣнившихся законовъ, касательно того же самаго дѣянія; такой случай можетъ имѣть мѣсто, когда законодатель, по указаніямъ опыта, признаетъ необходимымъ, за послѣдовавшимъ смягченіемъ уголовной репрессіи, вновь возвысить размѣръ наказанія. Отсюда, если законъ, нарушенный подсудимымъ, замѣняется новымъ, понижающимъ прежнюю наказуемость совершеннаго дѣянія, то хотя бы во время производства дѣла вышелъ новый законъ, возстановляющій прежнюю наказуемость или возвышающій размѣръ наказанія только сравнительно съ вторымъ закономъ,—къ подсудимому долженъ быть примѣненъ второй законъ, какъ наиболѣе снисходительный. Вліяніе новаго, болѣе благопріятнаго для подсудимаго закона должно отражаться и на уголовной процедурѣ, если только относительно дѣянія, учиненнаго до изданія новаго закона, не состоялось еще

окончательнаго судебнаго приговора. Слѣдствіемъ этого: 1) считая съ того дня, когда законъ, лишающій извѣстное дѣяніе его преступнаго характера или устраняющій публичный искъ, который имъ прежде допускался, становится обязательнымъ, никакое преслѣдованіе не можетъ быть начато по поводу этого дѣянія, хотя бы послѣднее было учинено до изданія новаго закона; 2) въ томъ случаѣ, если предварительное слѣдствіе уже начато, слѣдственная власть должна постановить или о совершенномъ прекращеніи преслѣдованія, если дѣяніе утратило наказуемый характеръ, или о передачѣ дѣла въ исправительный или полицейскій судъ, если новый законъ только измѣнилъ квалификацію дѣянія, отнеся дѣяніе, прежде считавшееся crime въ разрядъ délits или contraventions; 3) если дѣло уже поступило въ судъ, то послѣдній обязанъ произнести оправдательный вердиктъ или возстановить надлежащую подсудность; 4) если дѣло перешло во вторую инстанцію, то апелляціонный судъ измѣняетъ приговоръ 1-ой инстанціи согласно съ новымъ закономъ; 5) наконецъ, если дѣло перенесено на разсмотрѣніе кассаціоннаго суда, то послѣдній или объявляетъ приговоръ судебнаго мѣста ничтожнымъ, не входя въ разсмотрѣніе правильности онаго, какъ скоро дѣяніе объявлено новымъ закономъ вовсе ненаказуемымъ, или же предписываетъ подлежащему суду постановить другой приговоръ на основаніи новаго закона, если послѣднимъ только уменьшены размѣры прежняго наказанія.

Что касается приговоровъ, вступившихъ въ законную силу, то на нихъ не распространяется обратное дѣйствіе новаго закона, упраздняющаго существовавшее до того времени наказаніе или понижающаго его размѣры, если только въ самомъ законѣ не выражено противнаго. По мнѣнію Haus'а, справедливость требуетъ, чтобы благодѣтельное дѣйствіе новой мѣры было распространено и на тѣхъ лицъ, о которыхъ приговоръ уже вступилъ въ законную силу, а потому на законодателѣ лежитъ долгъ издать особый временный законъ въ этомъ смыслѣ, а если этого не сдѣлано, то глава государства долженъ воспользоваться съ тою же цѣлью своимъ правомъ помилованія и смягченія участи осужденныхъ.

Законъ, содержащій правила исполненія наказаній, имѣетъ обратную силу, какъ скоро вносимыя имъ измѣненія касательно порядка исчисленія срока наказанія или способа его отбыванія, оказываются болѣе благопріятными для подсудимаго, напр. если по ново-

му закону предварительное содержаніе подъ стражею засчитывается въ срокъ опредѣляемаго судомъ наказанія, то законъ этотъ долженъ получить примѣненіе какъ къ лицамъ, о которыхъ еще не состоялось судебнаго приговора, такъ равно и къ тѣмъ, кои были осуждены раньше.

Законъ пояснительный всегда имѣетъ обратную силу, будетъ ли содержащееся въ немъ истолкованіе закона сдѣлано въ смыслѣ благопріятномъ или же въ смыслѣ невыгодномъ для подсудимаго; такой законъ не постановляетъ чего либо новаго, ограничиваясь только разъясненіемъ истиннаго смысла и примѣненія прежняго закона; обратное дѣйствіе такого закона не простирается однако же на окончательные судебные приговоры, хотя бы преподанное въ немъ разъясненіе было болѣе выгодно для осужденнаго.

УСЛОВІЯ ВМѢНЕНІЯ И ПРЕСТУПНОСТИ.

(Ст. 36—42 проекта редакціонной коммисіи).

Юридическое опредѣленіе понятія способности ко вмѣненію.

I.

Hugo Meyer, Lehrbuch, стр. 143 и слѣд.

Душевное состояніе лица допускаетъ его уголовную отвѣтственность при наличности 2-хъ элементовъ: интеллектуальнаго— разумѣнія (Einsicht, Bewusstsein, Unterscheidungsvermögen) и практическаго, произвольности дѣйствій (Willkür, Freiheit, Fähigkeit der Selbstbestimmung, freie Willensbestimmung). Вопросъ о вмѣненіи еще не можетъ однако же считаться рѣшеннымъ въ утвердительномъ смыслѣ, если неизвѣстно, въ какой степени лицо обладаетъ разумѣніемъ и способностью къ самоопредѣленію (Selbstbestimmung). Наблюденіе показываетъ, что ни одинъ почти душевный больной и ни одинъ ребенокъ не лишены вполнѣ разумѣнія и способности самоопредѣленія. Если же дѣйствующее германское законодательство отчасти придаетъ рѣшающее значеніе свободѣ воле опредѣленія (Freiheit der Willensbestimmung), а именно когда идетъ рѣчь о безсознательномъ состояніи и душевномъ разстройствѣ, то терминъ „свобода волеопредѣленія“ здѣсь долженъ быть понимаемъ въ особомъ смыслѣ, именно въ смыслѣ такой свободы, при которой на дѣятеля можно смотрѣть какъ на распорядителя

своими дѣйствіями, являющимися въ свою очередь выраженіемъ его личности, подобно тому какъ законъ, придавая въ нѣкоторыхъ случаяхъ (напр. говоря о юношескомъ возрастѣ, § 57, о глухонѣмотѣ, § 58), рѣшающее значеніе интеллектуальному элементу, имѣетъ въ виду не всякую степень разумѣнія, но именно разумѣніе, необходимое для пониманія преступности дѣянія. А это требованіе закона должно въ свою очередь быть понимаемо не въ томъ смыслѣ, что для вмѣненія достаточна способность имѣть хотя какое-либо представленіе о томъ, что данное дѣйствіе воспрещено подъ страхомъ наказанія, или только случайное знаніе уголовнаго запрета, но такое разумѣніе, при которомъ дѣятель способенъ правильно понимать уголовный характеръ дѣянія. Вопросъ о томъ, должна ли способность ко вмѣненію быть разсматриваема, какъ предположеніе наказуемости и, обратно, невмѣняемость какъ обстоятельство, исключающее виновность, разрѣшается германскимъ уложеніемъ, подобно большинству новѣйшихъ законодательствъ, различно въ примѣненіи къ отдѣльнымъ положеніямъ лица. Такъ для дѣтскаго возраста (до 18 лѣтъ), равно какъ и для глухонѣмоты (§ 57 отд. 1 и § 58) законъ требуетъ, чтобы въ каждомъ случаѣ было положительно констатировано, обладалъ ли дѣятель необходимою дозою разумѣнія; что же касается состояній безсознательности и душевнаго разстройства (§ 51), то, по смыслу закона, эти психическія состоянія вообще исключаютъ возможность отвѣтственности лица, такъ что даже въ томъ случаѣ, если бы по этому поводу возникли на судѣ серьезныя сомнѣнія, лицо должно быть оправдано. Между условіями невмѣняемости слѣдуетъ различать: 1) состоянія недоразвитія душевныхъ силъ, 2) состоянія временнаго подавленія душевныхъ силъ и 3) состоянія болѣзненнаго разстройства душевныхъ силъ.

Къ состояніямъ недоразвитыхъ душевныхъ способностей относятся: а) дѣтскій возрастъ. Граница, обусловливающая невмѣняемость, по Германскому уложенію, пріурочена къ 12-ти лѣтнему возрасту, тогда какъ въ римскомъ и древнѣйшемъ германскомъ правѣ срокъ невмѣняемости оканчивался семилѣтнимъ возрастомъ, а въ нѣкоторыхъ позднѣйшихъ законодательствахъ этотъ предѣлъ еще болѣе отдалялся, именно: въ Саксонскомъ и Брауншвейгскомъ кодексахъ до 14, въ прочихъ законодательствахъ до 8, 10 или 12 лѣтъ. Съ другой стороны Прусскій кодексъ 1851 г. и

баварскій 1881 г., слѣдуя французскому Code pénal, не устанавляютъ никакого возрастнаго предѣла невмѣняемости, предоставляя усмотрѣнію судьи рѣшеніе вопроса о вмѣняемости дѣтей. Если лицу въ моментъ совершенія преступленія было 12 или болѣе лѣтъ, но однако менѣе 18, то дѣяніе можетъ быть вмѣнено ему въ вину, если на судѣ установлено, что онъ обладалъ разумѣніемъ совершаемаго. Въ этомъ случаѣ наказаніе лишь смягчается въ порядкѣ, указанномъ въ § 57 Уложенія, а именно: малолѣтній не можетъ быть приговариваемъ къ смертной казни, къ пожизненному тюремному заключенію, къ заключенію въ смирительномъ домѣ, къ лишенію гражданскихъ правъ и къ предоставленію права учредить за нимъ полицейскій надзоръ, а если дѣяніе будетъ составлять проступокъ или нарушеніе, то, смотря по обстоятельствамъ дѣла, лишеніе свободы можетъ быть замѣнено простымъ выговоромъ.

б) глухонѣмота, или недостатокъ такихъ чувствъ, обладаніе которыми дѣлаетъ возможнымъ умственное развитіе, а отсутствіе—оставляетъ человѣка на ступени дѣтства, если только развитіе не было достигнуто искуственно, по особому методу обученія глухонѣмыхъ. Согласно § 58, относительно глухонѣмаго, совершившаго преступленіе, должно быть установлено, имѣлъ ли онъ необходимое для пониманія преступности дѣянія, разумѣніе. Вопросъ представляется спорнымъ относительно тѣхъ лицъ, которыя остались на ступени дѣтства вслѣдствіе условій внѣшней обстановки, напр. роста въ дали отъ человѣческаго общества, принадлежности, по происхожденію, къ дикому племени; только по аналогіи можно признать, что постановленія германскаго уложенія объ условіяхъ невмѣняемости распространяются и на эти случаи.

Временная утрата душевныхъ силъ имѣетъ мѣсто въ случаѣ безсознательнаго состоянія лица, т. е. такого состоянія, въ которомъ человѣкъ, по нормальнымъ или аномальнымъ причинамъ, не сознаетъ себя, не отдѣляетъ себя отъ окружающей обстановки.

Сюда относится не только состояніе естественнаго сна, но также и такъ называемый сомнамбулизмъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ и болѣзненный упадокъ силъ (Abspannung) а равно и болѣзненное возбужденіе (Delirium), обморокъ, опьянѣніе и нако-

нецъ высшая степень аффекта—всѣ эти состоянія устраняютъ вмѣняемость только въ тѣхъ случаяхъ, когда они приводятъ лицо къ дѣйствительной безсознательности, причемъ законъ кромѣ того выражаетъ требованіе, чтобы подобное состояніе исключало свободу самоопредѣляемости. Далѣе этимъ не предрѣшается въ отрицательномъ смыслѣ вопросъ о возможности преслѣдованія лица за неосторожное учиненіе преступленія, если обстоятельства, при которыхъ лицо привело себя въ состояніе опьянѣнія, не могутъ почитаться извинительными. Наконецъ, въ случаѣ умышленнаго приведенія себя лицомъ въ такое состояніе, съ цѣлью произвести преступленіе, безъ всякаго сомнѣнія наступаетъ полная отвѣтственность за умышленное учиненіе дѣянія, насколько наступившее послѣдствіе является результатомъ приведенія себя лицомъ въ такое состояніе.

Что душевное разстройство устраняетъ возможность вмѣненія,—понятно само собою. Для этого не требуется, чтобы душевная болѣзнь уже образовалась окончательно: достаточно, по смыслу закона „болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности,“ но съ другой стороны необходимо, чтобы душевнымъ разстройствомъ уничтожалась свобода самоопредѣляемости. Въ первоначальномъ проектѣ было выставлено требованіе (согласно мнѣнію Лейпцигскаго медицинскаго факультета), чтобы душевное разстройство находилось въ прямомъ соотношеніи съ разсматриваемымъ дѣйствіемъ лица, но предположеніе это было затѣмъ въ рейхстагѣ отвергнуто. Виды душевнаго разстройства могутъ быть сведены къ 2-мъ классамъ: 1) состоянія экзальтаціи, куда главнымъ образомъ относятся помѣшательство и умоизступленіе (Wahnsinn und Tobsucht), а также нѣкоторые виды слабоумія и эпилептическіе приступы; 2) состоянія угнетенія (Depressionszustände)—меланхолія и ипохондрія, въ той стадіи ихъ развитія, когда они переходятъ въ дѣйствительное умственное разстройство; при этомъ однако, по новѣйшимъ выводамъ науки, не требуется наличности безумныхъ представленій; 3) состоянія слабоумія (Schwachsinnigkeit): сюда главнымъ образомъ относится тупоумie (Blödsinn), а затѣмъ и нѣкоторые роды помѣшательства (Verrücktheit). Возможно ли допустить вмѣняемость въ моменты такъ называемыхъ lucida intervalla, зависитъ отъ того, разумѣется ли подъ этимъ терминомъ вполнѣ здоровое душевное состояніе,

между двумя болѣзненными приступами, или только хроническое теченіе болѣзни между двумя ея острыми приступами.

II.

Schaper, Zurechnungsfähigkeit, im Holtzend. Handb. стр. 157 и слѣд.).

Способность ко вмѣненію, въ смыслѣ уголовной отвѣтственности, заключается въ возможности поступать законосообразно, опредѣляться, по произволу, побужденіями развитаго правосознанія. Хотя развитіе правосознанія встрѣчается въ различной степени, но отсюда не слѣдуетъ, что и вмѣняемость должна имѣть также различныя степени. Вмѣняемость одинаково должна имѣть мѣсто какъ въ отношеніи индивида, перешагнувшаго за общій, средній рубежъ юридическихъ познаній, такъ и въ отношеніи того, кто отсталъ отъ другихъ въ этомъ отношеніи. Сомнѣніе является лишь тогда, когда обнаруживаются опредѣленные признаки несвободы воли въ моментъ дѣйствованія, но это должно быть доказано по общимъ правиламъ процесса. При этомъ вопросъ допускаетъ только два рѣшенія: утвердительное и отрицательное; промежуточныхъ ступеней вмѣняемости быть не можетъ. Уменьшенная вмѣняемость есть ничто иное, какъ полная вмѣняемость, обусловливающая лишь низшую наказуемость.

Взглядъ Schaper'а на опредѣленіе границъ вмѣненія по возрасту—см. ниже.—Что касается глухонѣмоты, то въ виду важности, для умственнаго развитія, тѣхъ чувствъ, коихъ бываетъ лишено лицо, находящееся въ этомъ положеніи, авторъ высказывается за безусловную невмѣняемость глухонѣмыхъ отъ рожденія; если же глухонѣмота наступаетъ только впослѣдствіи, то должно быть принято въ соображеніе, въ какомъ возрастѣ она наступила. Попытки сдѣлать основаніемъ вмѣняемости глухонѣмыхъ полученное ими развитіе, по мнѣнію автора, несостоятельны, въ виду трудности опредѣлить достаточность этого развитія. Дикость, удаленіе отъ человѣческаго общества, какъ условія, препятствующія развитію правосознанія, должны служить основаніемъ невмѣняемости лица; особенности національныхъ воззрѣній обусловливаютъ иногда то, что иностранцы совершаютъ дѣянія, признаваемыя по законамъ ихъ отечества непреступными, а по законамъ мѣста совершенія преступленія, наказуемыми; вопросъ о томъ, устраняетъ ли это обстоятельство наказуемость дѣянія, представляется, по мнѣнію Schaper'а, спорнымъ, въ виду того соображенія, что иностранецъ, вступая на чуждую

территорію, имѣетъ возможность ознакомиться съ дѣйствующими законоположеніями этого государства.

Обозначая общимъ именемъ подавленной душевной дѣятельности (Unterdrückte Geistesthätigkeit) тѣ состоянія, въ которыхъ лицо лишено способности правильно ассоціировать идеи, Schaper различаетъ между ними такія, которыя имѣютъ характеръ продолжающихся (помѣшательство, слабоумie, старческій возрастъ) и 2) состоянія скоропреходящія (сонъ, сонное опьянѣніе, лунатизмъ и душевныя возбужденія). Останавливаясь на вопросѣ о томъ, должно ли частичное разстройство мышленія, въ томъ случаѣ, если учиненное дѣяніе не соприкасается съ общимъ направленіемъ безумныхъ идей лица,—служить основаніемъ невмѣняемости,—авторъ полагаетъ что вопросъ этотъ подлежитъ разрѣшенію экспертовъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. По этому поводу авторъ приводитъ слѣдующее мнѣніе Böcker'a изъ его Lehrbuch der gerichtl. Medicin, § 21 „Wenn es schon schwierig ist, bei gesunden Personen die Ideenassociation zu erkennen, so wird es noch bedenklicher zu behaupten, dass die fixe Idee (eines Monomaniacus) nicht in einem Zusammenhange mit der verbrecherischen Handlung gestanden habe." Вообще условіемъ невмѣняемости можетъ быть признаваема только дѣйствительная неспособность, вообще или въ извѣстныхъ отношеніяхъ, распознавать истину и внутреннюю связь явленій, или составить себѣ правильное понятіе о послѣдствіяхъ дѣйствія, о будущемъ—по величинѣ силъ, дѣйствующихъ въ настоящемъ. *Старческое дѣтство*, сопровождающееся утратою способности послѣдовательнаго мышленія, должно служить моментомъ, исключающимъ возможность вмѣненія, но при этомъ, прибавляетъ авторъ, существенно отличнымъ отъ исчезновенія мыслительной способности въ старости представляется уменьшеніе силы воли, являющееся часто какъ слѣдствіе уменьшенія рабочей силы человѣка и обусловливающее наклонность къ легкой, хотя и бы преступной, наживѣ (такъ статистика показываетъ, что укрывательствомъ краденаго и сводничествомъ занимаются въ большей части случаевъ люди весьма преклоннаго возраста). *Сонъ* (т. н. сонное опьянѣніе: просонки, сомнамбулизмъ) подавляетъ не душевную дѣятельность, саму по себѣ, а свободу самоопредѣляемости и потому дѣлаетъ лицо невмѣняемымъ. Съ тѣмъ же значеніемъ для вмѣненія являются болѣзненныя состоянія: лихорадочный бредъ, конвульсіи, сильныя боли, дѣйствительныя

мозговыя страданія. Равнымъ образомъ, вслѣдствіе дѣйствія на мозгъ, совершенно подавляютъ душевную дѣятельность сильные аффекты (Gemüthserregungen): отчаяніе, страхъ, даже гнѣвъ. Наконецъ, сюда же относится и опьянѣніе до безчувствія, все равно извинительное или неизвинительное (verschuldet oder unverschuldet). При преступленіяхъ неосторожныхъ опьянѣніе до безчувствія не исключаетъ возможности вмѣненія лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо само привело себя въ такое состояніе и, при болѣе внимательномъ отношеніи, могло предвидѣть могущую произойти отъ его опьянѣнія опасность. *Принужденіе* играетъ роль исключающаго возможность вмѣненія обстоятельства, если лицо вслѣдствіе физическаго превосходства силы другаго лица, поставлено было въ невозможность осуществить свою волю, сдѣлалось орудіемъ (willensloses Werkzeug) въ рукахъ другаго, или же было вынуждено къ совершенію противозаконнаго дѣйствія подъ впечатлѣніемъ угрозы (vis compulsiva въ противоположность понятію vis absoluta).

III.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht стр. 201 и слѣд.

Вмѣненіе предполагаетъ способность лица ко вмѣненію, какъ скоро этимъ словомъ хотятъ выразить не простое соотношеніе причины и слѣдствія, а происхожденіе дѣйствія изъ воли человѣка. Въ этомъ смыслѣ способность ко вмѣненію тождественна съ способностью къ дѣйствію. Послѣдняя предполагаетъ присутствіе въ дѣятелѣ сознанія, такъ какъ самое понятіе дѣйствія требуетъ сознательной постановки цѣли и сознательнаго движенія, обусловливающаго, въ качествѣ причины, достиженіе преднамѣреннаго результата. Далѣе, дѣйствованіе предполагаетъ хотѣніе, способность дѣйствовать является такимъ образомъ способностью произвольнаго хотѣнія. О присутствіи свободы воли, ускользающей отъ непосредственнаго наблюденія, мы умозаключаемъ по качеству интеллектуальныхъ способностей человѣка и степени ихъ развитія. Кромѣ способности дѣйствовать необходимымъ предположеніемъ отвѣтственности лица за свои дѣйствія является знакомство съ дѣйствующими нормами, коими опредѣляются границы хотѣнія и дѣйствій человѣка, а также способность согласовать волю съ познанною нормою. Способность лица ко вмѣненію (Zurechnungsfähigkeit) недостаточна однакоже сама по себѣ для вмѣненія ему въ ви-

ну совершеннаго дѣйствія, а съ другой стороны, изъ невозможности вмѣнить лицу въ вину (Zurechenbarkeit) имъ совершенное, нельзя дѣлать вывода, что лицо вообще не обладаетъ условіями вмѣняемости (напр. принужденіе можетъ *въ данный моментъ* устранить возможность вмѣненія содѣяннаго лицу, вообще способному ко вмѣненію). Такимъ образомъ, способность лица ко вмѣненію, (Zurechnungsfähigkeit) и возможность вмѣненія лицу совершеннаго имъ дѣянія (Zurechenbarkeit) представляютъ два, взаимно независимыя понятія. Останавливаясь на сдѣланномъ въ § 51 Германскаго уложенія опредѣленіи невмѣняемости, авторъ замѣчаетъ, что если состояніе безсознательности устраняетъ вмѣняемость лица (Zurechnungsfähigkeit), то изъ этого не слѣдуетъ, чтобы одно состояніе сознанія конструировало способность ко вмѣненію. Если, по смыслу § 51, законъ ставитъ условіями вмѣняемости сознаніе и самоопредѣляемость, то нельзя однако признавать за этими условіями исчерпывающаго значенія. Существуютъ извѣстные виды душевнаго разстройства, при которыхъ хотя сознаніе и не отсутствуетъ, но тѣмъ не менѣе вмѣняемость лица ими устраняется. Далѣе, въ нормальномъ ходѣ душевнаго развитія человѣка, пока самосознаніе и сознаніе своего долга еще не достигли надлежащей ясности, также отсутствуютъ условія вмѣненія. По этимъ основаніямъ Германское уложеніе признаетъ юный возрастъ и глухонѣмоту условіями, устраняющими вмѣняемость, если при томъ отсутствуетъ разумѣніе, необходимое для распознанія преступности дѣйствія. Но и въ этихъ постановленіяхъ Германскаго законодательства нельзя видѣть опредѣленія вмѣняемости. Безъ сомнѣнія, недостатокъ способности различать добро и зло, право и неправо, отсутствіе сознанія долга— исключаютъ возможность вмѣненія, но не ими только опредѣляется вмѣняемость. При извѣстныхъ психическихъ состояніяхъ, несмотря на присутствіе въ человѣкѣ сознанія своего долга, вмѣняемость устраняется, такъ какъ свобода волеопредѣленія, способность согласовать волю съ требованіями долга — отсутствуетъ.

Hälschner возстаетъ противъ мнѣнія тѣхъ криминалистовъ, которые (Böhmer, Berner, Schaper, Binding, H. Meyer, Oppenhoff) признаютъ аффектъ (въ высшей его степени, сопровождающейся помраченіемъ сознанія) условіемъ невмѣняемости. Допуская, что послѣдствіемъ различныхъ болѣзненныхъ состояній (въ особенности эпилепсіи) можетъ явиться такая аномальная душевная возбудимость,

за которою можетъ быть условно сохраняемо значеніе состоянія невмѣняемости, авторъ замѣчаетъ, что въ подобномъ случаѣ свободное направленіе воли парализуется не самымъ аффектомъ, а кратковременнымъ болѣзненнымъ разстройствомъ умственной дѣятельности. Нельзя отрицать, прибавляетъ онъ, что встрѣчаются субъекты съ столь повышенною возбудимостью (хотя и не являющеюся слѣдствіемъ болѣзненнаго состоянія), что они не въ состояніи оказывать никакого сопротивленія овладѣвшему ими аффекту. Но это обстоятельство не можетъ быть признаваемо достаточнымъ основаніемъ къ устраненію вмѣняемости, въ виду лежащей на человѣкѣ нравственной обязанности овладѣвать аффектомъ при помощи силы воли. Совершенное въ состояніи аффекта преступное дѣйствіе служитъ доказательствомъ того, что дѣятель, вопреки своему долгу, поддался власти аффекта, а потому лицо остается отвѣтственнымъ за учиненное имъ (если только силу воли не сломило какое либо болѣзненное состояніе) даже тогда, когда аффектъ могъ достигнуть необычайной силы, дѣлающей невозможнымъ разсудочнсе отношеніе къ своимъ дѣйствіямъ. Что касается состоянія опьянѣнія, то несомнѣнно устраняющимъ вмѣняемость условіемъ оно является на той ступени, когда влечетъ за собою потерю сознанія. Относительно болѣе слабой степени опьянѣнія можно признать несомнѣннымъ лишь то положеніе, что не всякое состояніе опьянѣнія уничтожаетъ вмѣняемость лица, а съ другой стороны, что невмѣняемость начинается не только съ момента потери сознанія (Sinnlosigkeit). Опьянѣніе, при которомъ пьяный хотя и не утратилъ вполнѣ сознанія и возможности пользованія разсудкомъ, но тѣмъ не менѣе воля уже не способна управлять операціями разсудка, вслѣдствіе чего послѣднія становятся безпорядочными,— равнымъ образомъ устраняетъ способность ко вмѣненію, какъ состояніе, исключающее свободу волеопредѣленія. Изъ этого однако не слѣдуетъ, чтобы пьяному безусловно не могло быть вмѣнено въ вину дѣяніе, совершенное имъ въ такомъ состояніи опьянѣнія, которое исключало свободу волеопредѣленія Здѣсь должно различать, было ли опьянѣніе не преступнымъ или преступнымъ, и только въ первомъ случаѣ возможность вмѣненія въ вину совершеннаго дѣянія положительно устраняется. Въ случаѣ же преступнаго опьянѣнія (когда лицо привело себя въ такое состояніе именно съ цѣлью выполнить свой преступный умыселъ), какъ доктрина, такъ и законодательство обращаютъ вниманіе на

то, согласуется ли выполненіе дѣйствія съ умысломъ, родившимся въ трезвомъ состояніи, причемъ въ наличности такого соотвѣтствія видятъ доказательство того, что цѣльность сознанія не была нарушена въ періодъ опьянѣнія (dass durch die Trunkenheit die Continuität des Bewustseins nicht gestört) и свобода воле опредѣленія не была уничтожена. Но если считать возможнымъ, что лицо, находящееся въ состояніи опьянѣнія, исключающемъ вмѣняемость, способно однако, на основаніи туманныхъ (traumartig) воспоминаній, воспроизвести въ дѣйствительности созданный въ трезвомъ состояніи преступный планъ, то нельзя упускать изъ виду, что въ этомъ случаѣ для вопроса о вмѣненіи рѣшающее значеніе имѣютъ не только то состояніе, въ которомъ находился дѣятель въ моментъ образованія умысла, и видимая связь между умысломъ и содѣяннымъ, но главнымъ образомъ то состояніе, въ которомъ явилась рѣшимость выполнить дѣйствіе. Если же рѣшимость дѣйствовать совпала съ тѣмъ временемъ, въ которое дѣятель является невмѣняемымъ, то не можетъ быть рѣчи о вмѣненіи ему въ вину за dolus учиненнаго имъ дѣянія, хотя бы послѣднее согласовалось съ воз никшимъ въ трезвомъ состояніи умысломъ, и на подобное совпаденіе слѣдуетъ смотрѣть какъ на случайное, такъ какъ нѣтъ ни какой возможности констатировать, что принятая въ моментъ состоянія невмѣняемости рѣшимость была послѣдствіемъ задуманнаго въ трезвомъ состояніи преступленія. Возможность вмѣненія кому-либо учиненнаго имъ въ состояніи преступной невмѣняемости (im Zustande verschuldeter Zurechnungsunfähigkeit) дѣйствія, какъ умышленно содѣяннаго, можно допустить лишь съ ограниченіями и только при извѣстныхъ условіяхъ. Такимъ образомъ тотъ, кто, въ намѣреніи учинить что либо преступное путемъ бездѣйствія (durch Unterlassen), напивается пьянымъ и въ безсознательномъ состояніи дѣйствительно не исполняетъ лежащей на немъ обязанности, подлежитъ отвѣтственности за происшедшее послѣдствіе, какъ за умышленно произведенное имъ. Точно также тотъ, кто, въ разсчетѣ и надеждѣ, что онъ, въ состояніи опьянѣнія или иномъ состояніи безсознательности, можетъ случайно учинить извѣстное преступное дѣяніе, приведетъ себя съ этою цѣлью въ такое состояніе, будетъ, въ случаѣ наступленія ожидаемаго имъ послѣдствія, подлежать отвѣтственности за умышленное причиненіе таковаго, какъ и въ томъ случаѣ, когда онъ поставляетъ наступленіе преднамѣреннаго результата въ зависимость отъ содѣйствія другаго какого-либо

удобнаго случая (напр. мать кладетъ возлѣ себя ребенка, въ ожиданіи, что она его задавитъ во время сна). Съ болѣе важнымъ практическимъ значеніемъ является вопросъ, какъ далеко можетъ простираться отвѣтственность пьянаго за содѣянное имъ въ состояніи невмѣняемости, какъ за неосторожное преступленіе. Безъ сомнѣнія обладающій способностью ко вмѣненію субъектъ нарушаетъ лежащую на немъ обязанность осмотрительности, приводя себя по собственной винѣ (schuldhaft) въ такое состояніе, въ которомъ онъ, не имѣя уже надъ собою власти, совершаетъ нѣчто противъ своей воли; но во всякомъ случаѣ отвѣтственность за совершенныя въ состояніи невмѣняемости дѣйствія, какъ за неосторожное преступленіе, ограничивается возможностью предвидѣнія послѣдствій отъ этихъ дѣйствій. Болѣзненное разстройство душевной дѣятельности исключаетъ вмѣняемость только тогда, когда имъ устраняется свобода волеопредѣленія; послѣдняя, ускользая отъ непосредственнаго наблюденія, предполагается тамъ, гдѣ мыслительная дѣятельность, ощущенія и представленія оказываются нормальными.

На этомъ основаніи авторъ не признаетъ условіемъ невмѣняемости такъ называемое однопредметное помѣшательство (мономанію). „Die Annahme dass es Menschen gäbe die obwohl ihre Geistesthätigkeit eine sonst durchaus normale ist, dennoch an einer Monomanie leiden, an einer in bestimmter Richtung sich kundgebenden, durch die Unwiderstehlichkeit eines Triebes bewirkten Unfreiheit des Willens, darum in dieser bestimmten Art ihrer Willensbethätigung als zurechnungs unfähig zu betrachten seien, muss eben schon darum als grundlos betrachtet werden, weil die angebliche Unwiderstehlichkeit des Triebes sich nicht erfahrungsmässig feststellen lässt“. Равнымъ образомъ авторъ возстаетъ противъ признаваемаго новѣйшею психіатріею особаго вида душевнаго разстройства — такъ называемаго нравственнаго помѣшательства. Послѣднее характеризуется тѣмъ, что при правильности логическихъ процессовъ и видимой разсудительности, при отсутствіи безумныхъ идей и галлюцинацій, субъектъ оказывается однако неспособнымъ опредѣляться нравственными и юридическими мотивами и въ своемъ поведеніи руководится исключительно соображеніями пользы и вреда. Безъ сомнѣнія, замѣчаетъ Hälschner, встрѣчаются люди, дошедшіе до такого глубокаго нравственнаго паденія, что для нихъ не существуетъ нравственныхъ мотивовъ, но нельзя отсюда выводить безотвѣтственности подоб-

ныхъ субъектовъ за свои дѣйствія. „Er bleibt, trotz der Macht welche er der Selbstsucht, der Leidenschaft, dem Laster über sich eingeräumt hat, verantwortlich weil diese Macht das Product seiner eigenen freien Willensbestimmung ist, und weil das gewohnheitsmässige unsittliche, rechtswidrige Handeln an sich noch kein ausreichender Beweis dafür ist, dass die für ihn freilich abgeschwächte, fernliegende Möglichkeit sittlicher Willensbestimmung ganz aufgehoben sei". Далѣе въ нѣкоторыхъ случаяхъ, конечно, свобода воли можетъ быть парализована совершенно какимъ либо болѣзненнымъ состояніемъ, но при этомъ всякій разъ должно быть констатировано, что подобное болѣзненное состояніе дѣйствительно окончательно подавило волю субъекта, а не ослабило только ея силу. Если же такое помѣшательство, которое будто бы искажаетъ только волю, оставляя нетронутыми умственныя способности, уже само по себѣ способно породить сомнѣніе въ его возможности, то уголовное право должно оставить его безъ вниманія до тѣхъ поръ, пока его защитники будутъ приводить въ пользу его только предположенія и не будутъ въ состояніи выставить дѣйствительно прочнаго критерія, на основаніи котораго эта форма могла бы быть отдѣлена отъ тѣхъ состояній нравственнаго дефекта, нравственной неразвитости, кои не исключаютъ вмѣняемости субъекта. Между тѣмъ защитники нравственнаго помѣшательства сами колеблются въ установленіи различія между этимъ видомъ и другими душевными болѣзнями, поражающими одновременно и интеллектуальныя способности человѣка; такъ они признаютъ, что это помѣшательство по временамъ сопровождается безумными идеями и галлюцинаціями, что на ряду съ моральнымъ дефектомъ иногда замѣчается и интеллектуальный, а это указываетъ, что тамъ, гдѣ нравственное помѣшательство должно быть признано дѣйствительно обусловливающимъ невмѣняемость, оно является не только разстройствомъ въ моральной сферѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и въ сферѣ умственной.

IV.

Wächter, Deutsches Strafrecht, стр. 131 и слѣд.

Дѣйствіе можетъ быть преступленіемъ только при условіи его вмѣнимости (Zurechenbarkeit) дѣятелю въ вину. Вмѣнить лицу какое либо событіе значитъ признать, что лицо было причиною, или одною изъ причинъ (Mitursache) этого событія и потому является отвѣтственнымъ за совершившееся. Чтобы лицо могло

быть признано дѣйствительною причиною совершившагося, необходимо: 1) существованіе внѣшней причинной связи (äussere Kausalität), между лицомъ и даннымъ событіемъ, т. е. чтобы то, что совершилось, было физически или фактически осуществлено дѣятелемъ (imputatio facti aut physica) и 2) наличность въ самомъ субъектѣ извѣстныхъ качествъ, дѣлающихъ данный результатъ актомъ его воли. Такимъ образомъ, вмѣненіе предполагаетъ: во 1-хъ способность дѣятеля ко вмѣненію (Zurechnungsfähigkeit des Subjekts) и во 2-хъ вмѣнимость ему совершеннаго дѣйствія (Zurechenbarkeit des Geschehenen). Условіями способности лица ко вмѣненію авторъ считаетъ: 1) обладаніе волею, т. е. способностью самосознательнаго сомоопредѣленія (das Vermögen selbstbewusster Selbstbestimmung) и 2) способность понимать требованія правоваго порядка и дѣлать различіе можду правомъ, неправомъ и наказуемымъ неправомъ, ибо безъ этой способности лицу не можетъ быть поставлено въ упрекъ нарушеніе имъ правоваго порядка. Если эти условія въ данномъ субъектѣ отсутствуютъ, то дѣяніе его не можетъ считаться преступнымъ, такъ какъ оно не можетъ быть поставлено ему въ вину. Дѣяніе, въ такомъ случаѣ, является, по отношенію къ этому лицу, случаемъ (casus), за который оно не можетъ быть признано отвѣтственнымъ. Случаи, въ которыхъ способность лица ко вмѣненію отсутствуетъ, могутъ быть сведены къ слѣдующимъ категоріямъ: а) недостаточность умственнаго развитія дѣятеля, обусловливаемая недостиженіемъ извѣстнаго возраста (см. ниже) б) впослѣдствіи утраченная способность ко вмѣненію. Лицо вмѣняемое можетъ лишиться способности къ самосознательному самоопредѣленію и чрезъ то сдѣлаться неспособнымъ къ совершенію, въ такомъ состояніи, преступленія. Это можетъ имѣть мѣсто: 1) въ видѣ продолжительнаго состоянія, обусловливаемаго душевною болѣзнію, когда послѣдняя въ своемъ развитіи достигла той ступени, на которой способность самосознательнаго самоопредѣленія утрачивается (тупоуміе, помѣшательство, безуміе, бѣшенство). Ближайшее опредѣленіе и классификація относящихся сюда душевныхъ состояній принадлежатъ къ области антропологіи и психологіи и законъ долженъ дать лишь общее опредѣленіе подобныхъ состояній. Очень часто медиками признавалась возможность случаевъ, въ которыхъ лицо, при полномъ сохраненіи сознанія и мыслительной способности, было побуждаемо къ совершенію преступленія неудержимою силою животнаго инстинкта, или же такое влеченіе явля-

лось результатомъ особенной психической организаціи головы или сердца или слѣдствіемъ маній (mania occulta или mania sine delirio) причемъ вліяніе этихъ факторовъ выражалось исключительно въ парализованіи воли субъекта при сохраненіи имъ въ тоже самое время свободы всѣхъ прочихъ душевныхъ свособностей; говорилось далѣе, что эта манія распознается главнымъ образомъ по отсутствію мотива къ преступленію; что будто бы въ подобныхъ случаяхъ дѣятель неспособенъ ко вмѣненію и долженъ остаться безнаказаннымъ. Въ основѣ подобнаго воззрѣнія, по мнѣнію Вехтера, лежитъ рѣшительное заблужденіе, ибо при наличности сознанія и способности къ мышленію, воля не можетъ быть стѣснена (gebunden). Происхожденіе такого мнѣнія объясняется смѣшеніемъ подобныхъ патологическихъ состояній отчасти съ тѣми случаями, въ которыхъ и самосознаніе помрачено и оцѣнка собственныхъ дѣйствій парализована, и когда, слѣдовательно, можетъ быть доказано существованіе болѣзненнаго психическаго давленія (какъ напр. Wüthkrankheit), отчасти же — съ простыми возбужденіями и страстями (капризы беременныхъ, влеченіе къ поджогу въ періодъ половаго созрѣванія дѣвушекъ). Надъ подобными влеченіями человѣкъ долженъ господствовать, поэтому онъ подлежитъ наказанію, если дозволилъ себѣ подчиняться страсти. 2) Уничтоженіе способности ко вмѣненію можетъ быть результатомъ и такихъ душевныхъ состояній, которыя по самому свойству ихъ бываютъ только мимолетными, когда лицо, находящееся въ такомъ состояніи, утрачиваетъ самосознаніе или по крайней мѣрѣ сознаніе совершеннаго: таковы, напр. состоянія сна, просонокъ (гдѣ мы имѣемъ дѣло съ совершенно хаотическимъ состояніемъ ощущеній), далѣе: сомнамбулизмъ, горячечный бредъ и т. п. Сюда же относится полное опьянѣніе и аффектъ вслѣдствіе гнѣва и испуга, и притомъ не только тогда, какъ нѣкоторые думаютъ, когда они сопровождаются полною потерею сознанія, но и въ томъ случаѣ, когда ими обусловливается полное помраченіе чувствъ и неспособность пониманія истиннаго значенія совершаемаго. При этихъ преходящихъ состояніяхъ должно однако имѣть въ виду, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ преступное дѣяніе можетъ быть вмѣнено въ вину дѣятелю, а именно тогда, когда онъ сознательно привелъ себя въ такое состояніе и при этомъ или разсчитывалъ на наступленіе преступныхъ послѣдствій (dolus), или по крайней мѣрѣ могъ предвидѣть ихъ наступленіе, какъ весьма возможное. Такое состоя-

ніе именуется actio libera in causa или ad libertatem relata. Относительно вмѣнимости въ подобныхъ случаяхъ дѣятелю его дѣянія, или какъ умышленнаго, или какъ неосторожнаго (bald zum dolus, bald zur culpa) согласны между собою большинство криминалистовъ и многія положительныя законодательства. Германское уложеніе ничего не говоритъ по этому поводу. Но, по мнѣнію автора, вопросъ долженъ считаться разрѣшеннымъ и по уложенію въ утвердительномъ смыслѣ. 3) Положительное законодательство признаетъ условіемъ, исключающимъ вмѣняемость, и состояніе крайней необходимости.

V.

Lainé, Traité de droit criminel, изд. 1881 г. стр. 139 и слѣд.

Признавая, что уголовная отвѣтственность и вмѣняемость суть синонимы, такъ какъ первая составляетъ прямое, непосредственное слѣдствіе второй, авторъ полагаетъ, что для вмѣненія лицу въ вину какого либо преступнаго дѣянія (будетъ ли это дѣяніе crime, délit de police correctionnelle или contravention de simple police, délit intentionnel или délit non intentionnel) необходима наличность двухъ условій: разумѣнія (il faut que l'agent ait commis le fait avec l'intelligence du bien et du mal, pouvant par conséquent comprendre qu'il faisait le mal) и произвольности дѣйствія (il faut, en outre, qu'il ait commis le fait avec la liberté de choisir entre le bien et le mal, pouvant par conséquent ne pas faire le mal). Оба условія представляются въ одинаковой степени необходимыми, но вмѣстѣ съ тѣмъ очевидно, что отсутствіе перваго изъ нихъ дѣлаетъ невозможнымъ второе, тогда какъ при существованіи перваго, второе можетъ отсутствовать. Обыкновенно обѣ эти способности встрѣчаются въ соединеніи, но этого можетъ и не быть. Съ одной стороны, разумѣніе можетъ отсутствовать, какъ слѣдствіе умственнаго разстройства дѣятеля въ моментъ учиненія дѣянія; съ другой—свобода можетъ быть утрачена вслѣдствіе того, что дѣятель подвергся физическому или моральному принужденію.

Кромѣ того, въ огромномъ большинствѣ преступныхъ дѣяній, для того, чтобы считать дѣятеля уголовно отвѣтственнымъ, недостаточно признать, что онъ обладалъ способностью разумѣнія и свободою, а необходимо сверхъ того констатировать наличность умысла причинить то непосредственное зло, которое образуетъ спеціальный элементъ даннаго преступленія. Отсюда, въ примѣ-

неніи къ этого рода дѣяніямъ, третьимъ условіемъ невмѣняемости является отсутствіе преступнаго умысла. Наконецъ, четвертая причина невмѣняемости заключается въ возрастѣ дѣятеля, именно въ возрастѣ ниже 16 лѣтъ, когда разумѣніе и свобода или совсѣмъ отсутствуютъ, или слишкомъ мало развиты для того, чтобы дѣятель могъ быть признанъ уголовно отвѣтственнымъ. Такимъ образомъ причинами невмѣняемости являются: 1) la démence, 2) la contrainte, 3) l'absence d'intention criminelle и 4) la faiblesse de l'âge.

Законъ, ставя умственное разстройство дѣятеля однимъ изъ условій, исключающихъ вмѣняемость, не даетъ затѣмъ ближайшаго опредѣленія этого понятія. При общности употребленнаго въ законѣ термина: „en état de démence" слѣдуетъ признать, говоритъ Lainé, что всякое разстройство мыслительной дѣятельности можетъ служить основаніемъ невмѣняемости. Такимъ образомъ слово démence обнимаетъ всѣ извѣстные въ современной медицинѣ виды умопомѣшательства (идіотизмъ, умопомѣшательство въ собственномъ смыслѣ и манія), причемъ также безразлично, является ли какой-либо изъ этихъ видовъ умственнаго разстройства прирожденнымъ или нѣтъ, постояннымъ или временнымъ, общимъ заболѣваніемъ или мѣстнымъ. Необходимо только, чтобы душевное страданіе имѣло своимъ источникомъ органическое пораженіе и лишало дѣятеля, въ моментъ совершенія имъ преступленія, способности различать добро и зло, а также свободы,—вопросъ факта, подлежащій разрѣшенію уголовнаго судьи при содѣйствіи врачей. Невмѣняемость можетъ безъ сомнѣнія явиться не только вслѣдствіе органическаго страданія, но и отъ другихъ, весьма различныхъ причинъ, но законъ объ этомъ умалчиваетъ и судьѣ остается въ этихъ случаяхъ руководствоваться положеніями естественнаго права.

Глухонѣмота не можетъ быть безусловно приравниваема къ идіотизму, хотя и можетъ имѣть аналогичныя послѣдствія; можетъ ли она исключать вмѣняемость—вопросъ факта, рѣшеніе котораго принадлежитъ судьѣ. Сомнамбулизмъ, по характеру вліянія, оказываемаго имъ на дѣятеля, приближается къ умственному разстройству или маніи. Лицо, совершившее въ подобномъ состояніи преступное дѣяніе, не можетъ подлежать отвѣтственности; но если лунатикъ, зная о своемъ болѣзненномъ состояніи и о тѣхъ вредныхъ для другаго послѣдствіяхъ, которыя могутъ произойти по его винѣ, не принялъ однако необходимыхъ предосто-

рожностей, то онъ является виновнымъ въ неосторожности и можетъ подлежать наказанію, какъ скоро законъ караетъ данное преступленіе не только при умышленномъ, но и при неосторожномъ совершеніи его. Опьянѣніе, если оно полное, имѣетъ для вмѣняемости такое же значеніе, какъ и умственное разстройство; если при этомъ такое опьянѣніе произошло случайно, то лицо должно быть признано вполнѣ безотвѣтственнымъ; оно можетъ лишь наравнѣ съ лицомъ, дѣйствующимъ въ состояніи сомнамбулизма, подвергнуться отвѣтственности, при извѣстныхъ условіяхъ, какъ за неосторожность. Вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ томъ же смыслѣ и тогда, когда лицо привело себя въ состояніе опьянѣнія умышленно, въ разсчетѣ почерпнуть большую энергію на совершеніе преступленія, т. е. лицо можетъ подлежать наказанію лишь какъ за неосторожность, если учиненное въ состояніи опьянѣнія дѣяніе законъ облагаетъ наказаніемъ какъ при умышленномъ, такъ и неосторожномъ его совершеніи. Большинство криминалистовъ не только не признаютъ умышленное опьянѣніе съ преступною цѣлью условіемъ невмѣняемости, но напротивъ того, считаютъ его увеличивающимъ вину обстоятельствомъ.

Такое мнѣніе нельзя однако же признать правильнымъ съ точки зрѣнія теоріи. Предполагая, что опьянѣніе было полное, необходимо признать, что оно вполнѣ уничтожило разсудочную способность дѣятеля, а потому совершенное имъ при такихъ условіяхъ дѣяніе не можетъ быть разсматриваемо, какъ умышленное преступленіе. Правда, совершенію дѣянія предшествовало преступное намѣреніе учинить его, но для того, чтобы сообщить совершенному умышленный характеръ, еще недостаточно, что намѣреніе предшествовало учиненію, а необходимо, чтобы оно сопутствовало самому совершенію дѣянія, иначе это предшествующее намѣреніе не болѣе, какъ простая рѣшимость совершить преступленіе. Таково теоретическое разрѣшеніе вопроса. Практически, замѣчаетъ Lainé, подобное положеніе почти невозможно: человѣкъ, выполняющій, въ пьяномъ видѣ, тотъ планъ дѣйствій, для осуществленія котораго онъ напился, не утрачиваетъ вполнѣ способности сознательнаго отношенія къ учиняемымъ имъ дѣйствіямъ, и потому подобное состояніе опьянѣнія не можетъ считаться полнымъ; при такихъ условіяхъ есть основаніе разсматривать умышленное опьянѣніе какъ увеличивающее вину обстоятельство, однако же съ нѣкоторою оговоркою. Чаще всего опьянѣніе бываетъ неполнымъ; влія-

ніе его на человѣка выражается только въ ослабленіи его умственныхъ способностей, но не въ окончательномъ подавленіи ихъ. Въ этомъ случаѣ опьянѣніе никогда не можетъ служить причиною невмѣняемости. Если оно произошло отъ случайныхъ причинъ, то должно быть признаваемо смягчающимъ вину обстоятельствомъ; если же опьянѣніе произведено намѣренно, съ преступною цѣлью, или явилось слѣдствіемъ неосторожности, порочной наклонности, то оно будетъ въ одно и тоже время обстоятельствомъ, усиливающимъ болѣе или менѣе отвѣтственность дѣятеля и вмѣстѣ съ тѣмъ уменьшающимъ его вину по причинѣ производимаго опьянѣніемъ ослабленія умственныхъ способностей. Что касается страсти, аффекта, то, по мнѣнію Lainé, ихъ никакъ нельзя приравнивать къ démence; иногда онѣ могутъ имѣть значеніе уменьшающаго вину обстоятельства, иногда же могутъ являться съ такимъ же двоякимъ значеніемъ, какъ и умышленное опьянѣніе. (О физическомъ и моральномъ принужденіи см. ниже).

Третья причина, устраняющая уголовнею вмѣняемость заключается въ отсутствіи у дѣятеля преступнаго умысла (intention criminelle) на совершеніе даннаго преступленія. Авторъ слѣдующимъ образомъ опредѣляетъ различіе между умысломъ и волею: „la volonté et l'intention sont deux choses distinctes; l'intention ne va pas sans la volonté, mais elle est quelque chose de plus que la volonté. L'intention (*de tendere in*) c'est la tendance, l'application de la volonté à un but; l'intention délictueuse ou criminelle, c'est la volonté tendant à la violation de la loi. On conçoit donc que l'agent, tout en reconnaissent qu'il a voulu le fait, nie qu'il l'ait voulu en tant que délit. Par exemple, il a soustrait la chose d'autrui et il a voulu la soustraire; mais il n'avait pas l'intention de se l'approprier. Il a commis un homicide, et il a voulu l'acte physique, tel que décharger un fusil, lancer un stylet, qui a causé la mort; mais il n'avait pas l'intention de tuer un homme". Останавливаясь на вопросѣ о томъ, какое мѣсто должно быть отведено умыслу въ ученіи о вмѣненіи, авторъ находитъ, что весьма распространенное мнѣніе, что умыселъ, по отношенію ко вмѣненію, является тѣмъ же значеніемъ, какъ разумѣніе и свобода— не выдерживаетъ критики, въ виду существованія многихъ преступныхъ дѣяній, для наказуемости которыхъ наличности умысла вовсе не требуется. Истинное значеніе отсутствія умысла для вмѣненія опредѣляется различно, смотря по роду преступленія, а также въ зависимости отъ способа самооправданія дѣятеля (la

manière dont l'agent prétend se disculper). Послѣдній можетъ или прямо отрицать приписываемое ему намѣреніе совершить извѣстное преступное дѣяніе, или же косвенно,—ссылаясь на то, что онъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ фактическаго заблужденія или невѣдѣнія закона.

Законъ облагаетъ нѣкоторыя преступныя дѣянія лишь подъ условіемъ наличности у дѣятеля преступнаго умысла на ихъ совершеніе, оставляя ихъ въ противномъ случаѣ безнаказанными. Къ этого рода дѣяніямъ относятся почти всѣ преступленія (crimes), за рѣдкими исключеніями, указанными въ ст. 119, 200, 430 с. р. сюда же принадлежатъ многіе полицейскіе проступки и нарушенія (délits de police correctionelle, contraventions de simple police). Въ примѣненіи ко всѣмъ этимъ преступнымъ дѣяніямъ, отсутствіе у дѣятеля преступнаго умысла является съ значеніемъ условія невмѣняемости. Что же касается тѣхъ преступленій, наказуемость коихъ только измѣняется (повышается или понижается) въ зависимости отъ умышленности или неумышленности ихъ совершенія, то здѣсь умыселъ не играетъ роли существенно необходимаго для вмѣненія условія, а лишь вліяетъ на мѣру виновности и наказенія. Наконецъ, существуетъ третій классъ дѣяній, караемыхъ закономъ совершенно безотносительно къ ихъ умышленности или неумышленности (куда относятся почти всѣ полицейскіе нарушенія); здѣсь отсутствіе умысла не оказываетъ никакого вліянія ни на вмѣняемость, ни на наказуемость факта. (О вліяніи на вмѣняемость дѣятеля заблужденія, см. ниже).

Четвертая причина невмѣняемости лежитъ въ юномъ возрастѣ дѣятеля. Относительно дѣленія человѣческаго возраста на періоды, съ точки зрѣнія вмѣняемости, Lainé высказываетъ совершенно тѣ же соображенія, какъ и Garraud (см. ниже).

VI.

Garraud, Précis de droit criminel, стр. 123 и слѣд.

Необходимыми составными элементами всякаго преступнаго дѣянія являются разумѣніе и воля дѣятеля; подъ словомъ *разумѣніе* (intelligence) слѣдуетъ понимать способность различать добро и зло, а подъ словомъ *воля*—внутреннюю свободу выбора между добромъ и зломъ и внѣшнюю свободу совершить или не совершить что либо. Объявляя лицо виновнымъ въ преступномъ дѣяніи, судъ тѣмъ самымъ утверждаетъ, что это лицо понимало не-

законность совершаемаго дѣйствія и тѣмъ не менѣе желало совершить его или по крайней мѣрѣ не воспользовалось своею волею для избѣжанія вытекшаго изъ дѣянія послѣдствія, почему и должно считаться виновникомъ наступленія этого послѣдствія.

Недостатокъ разумѣнія проистекаетъ или изъ естественнаго состоянія (возрастъ субъекта) или случайнаго состоянія (умственное разстройство). Утрата воли можетъ быть послѣдствіемъ принужденія физическаго или моральнаго. Отсюда причины невмѣняемости: la faiblesse de l'âge, la démence и la contrainte.

Останавливаясь на толкованіи употребленнаго въ art. 64 Code pénal—слова démence, авторъ замѣчаетъ, что, по мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ, законодатель, отказавшись дать ближайшее опредѣленіе этому выраженію, имѣлъ въ виду воспользоваться его широкимъ значеніемъ для того, чтобы обнять такимъ образомъ всевозможныя причины, обусловливающія утрату разсудочной способности человѣка. Слѣдовательно, при такомъ толкованіи смысла закона, субъектъ, находящійся въ состояніи опьянѣнія, сомнамбулизма и т. п., наравнѣ съ лицомъ, страдающимъ умопомѣшательствомъ, можетъ быть признанъ находящимся en état de démence. Garraud считаетъ такое толкованіе выраженія démence ошибочнымъ.

Выраженіе démence употреблено законодателемъ въ его общемъ смыслѣ, какъ обнимающее всѣ случаи лишенія ума, являющіеся послѣдствіемъ органическаго измѣненія умственныхъ способностей, но подъ этимъ словомъ нельзя разумѣть также и временныхъ искаженій мыслительной способности, обусловливаемыхъ опьянѣніемъ, лунатизмомъ, сномъ, глухонѣмотой. Безъ сомнѣнія невмѣняемость можетъ имѣть мѣсто и при отсутствіи органическихъ разстройствъ мышленія, но въ такомъ случаѣ вопросъ о томъ, устраняется или только уменьшается уголовная отвѣтственность, въ виду нахожденія обвиняемаго въ одномъ изъ упомянутыхъ психологическихъ состояній, входитъ въ общее опредѣленіе виновности и подлежитъ рѣшенію суда, но не даетъ напр. слѣдователю права освобождать лицо отъ дальнѣйшаго преслѣдованія, путемъ подведенія подобныхъ случаевъ подъ понятіе démence.

Для того, чтобы быть причиною невмѣняемости, démence должно существовать, по смыслу закона „au temps de l'action". Поэтому отдача лица, по рѣшенію гражданскаго суда, подъ опеку не имѣетъ

въ уголовномъ правѣ тѣхъ послѣдствій, какъ въ гражданскомъ правѣ; тамъ всякое дѣйствіе лица, состоящаго подъ опекою, считается недѣйствительнымъ, причемъ не требуется доказательствъ того, что дѣятель находился въ моментъ совершенія дѣйствія въ состояніи умственнаго разстройства и, обратно, не можетъ быть доказываемо, что дѣйствіе учинено имъ въ одинъ изъ свѣтлыхъ промежутковъ. Съ точки же зрѣнія уголовнаго права, нахожденіе лица подъ опекою не можетъ препятствовать ни привлеченію его къ уголовной отвѣтственности, ни даже осужденію его.

Что касается глухонѣмоты, то, по смыслу закона, сама по себѣ, она не устраняетъ уголовной отвѣтственности субъекта; отъ усмотрѣнія судьи зависитъ признать ее въ данномъ случаѣ обстоятельствомъ, устраняющимъ вмѣняемость, или только уменьшающимъ вину подсудимаго. Garraud склоняется къ тому, что законодателю слѣдовало бы, по примѣру Бельгійскаго Code pénal, art. 76 и проекта Италіанскаго кодекса, установить для глухонѣмыхъ также предположеніе неразумѣнія (présomption de non discernement), какъ и относительно малолѣтнихъ, недостигшихъ 16-ти лѣтняго возраста.

Опьянѣніе, если оно было полное, является съ такими же послѣдствіями для вмѣненія какъ и умственное разстройство, именно вполнѣ устраняетъ способность различать добро и зло, но оно можетъ, по мнѣнію Garraud, устранять уголовную отвѣтственность дѣятеля лишь въ томъ случаѣ, если произошло случайно; если-же дѣятель умышленно привелъ себя въ состояніе опьянѣнія, въ видахъ поддержанія въ себѣ энергіи на совершеніе задуманнаго имъ преступленія, и затѣмъ дѣйствительно учинилъ таковое, то самое выполненіе преднамѣреннаго указываетъ на неполное исчезновеніе сознательнаго отношенія лица къ своимъ дѣйствіямъ и потому въ подобныхъ случаяхъ дѣятель долженъ считаться отвѣтственнымъ. Принужденіе, по смыслу art. 64 Code pénal, исключаетъ вмѣняемость дѣятеля въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдній былъ поставленъ въ невозможность оказать какое либо сопротивленіе. Затѣмъ, законодатель предоставилъ полнѣйшій просторъ судьѣ при рѣшеніи вопроса о вліяніи принужденія на вмѣняемость субъекта, имѣя въ виду, что послѣдній, при оцѣнкѣ вліянія принужденія на вмѣняемость, долженъ взвѣсить не только серьезность угрожавшей дѣятелю опасности, важность преступленія, но и сообразоваться съ условіями, обстановкою, въ которыхъ на

ходилось лицо во время совершенія преступленія; при этомъ art. 64 имѣетъ въ виду какъ физическое, такъ и моральное принужденіе.

VII.

Ortolan, Eléments de droit pénal, стр. 99 и слѣд.

Вмѣнить кому-либо извѣстный фактъ значитъ признать, что лицо послужило производящею, первою причиною этого факта. Такою *первою* причиною можетъ быть только свободная сила (une force libre). Отсюда первымъ условіемъ вмѣняемости является свобода лица. Съ идеею вмѣняемости тѣсно связана идея отвѣтственности: les faits ne nous sont imputables que lorsque nous avons à en répondre,et dire que nous avons à en répondre, c'est dire qu'ils doivent nous être imputés. Для того чтобы сила, производящая данное дѣйствіе, была за него отвѣтственна, недостаточно, чтобы она была разумная; для отвѣтственности, а слѣдовательно и для вмѣняемости необходимо сверхъ того пониманіе того нравственнаго добра или зла, справедливаго или несправедливаго, которое заключается въ данномъ дѣйствіи. Imputer un fait à quelqu'un, c'est donc affirmer qu'il en est en premier lieu la cause efficiente, et en second lieu la cause éclairée sur la justice ou l'injustice de ce fait. La première condition de l'imputabilité c'est la liberté; et la seconde c'est la raison morale, ou la connaissance du juste ou de l'injuste de l'action. Въ примѣненіи къ дѣяніямъ преступнаго характера отвѣтственность лица за совершенное дѣйствіе выражается въ признаніи его виновности (culpabilité), т. е. признаніи того, что совершеніемъ преступнаго дѣйствія лицо нарушило извѣстную, лежавшую на немъ обязанность.

Такимъ образомъ идеи вмѣняемости и отвѣтственности, сливаясь одна съ другою, вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ содержаніемъ идеи виновности. Но тогда какъ первый вопросъ—о вмѣняемости лица—допускаетъ только одно рѣшеніе, въ утвердительномъ или отрицательномъ смыслѣ, вопросъ о виновности допускаетъ не только утвержденіе или отрицаніе, но и опредѣленіе степени ея которая можетъ быть весьма различна, смотря по относительной важности нарушенной дѣятелемъ обязанности: la question d'imputabilité où de responsabilité ne peut se résoudre que par oui ou par non; car il n'y a pas de milieu, entre mettre un fait ou ne pas le mettre sur le compte d'une personne, entre être obligé ou ne pas être obligé d'en ré-

pondre: c'est oui ou non; ni l'affirmative ni la négative ne sont susceptibles de plus ou de moins. Il n'en est pas de même de la culpabilité... elle ne s'affirme ou ne se nie pas seulement, elle se mesure.

Изъ того, что существенными условіями способности дѣятеля ко вмѣненію являются: способность различать понятія нравственнаго добра и зла и свобода (la raison morale, conception du bien et du mal moral, du juste et de l'injuste et la liberté), слѣдуетъ, что все то, что совершенно препятствуетъ дѣятелю пользоваться тою или другою изъ этихъ способностей, уничтожаетъ его вмѣняемость; все, что ограничиваетъ пользованіе этими способностями, уменьшаетъ виновность лица.

Останавливаясь на вопросѣ о томъ, слѣдуетъ ли перечислять въ уголовномъ кодексѣ тѣ ненормальныя, душевныя состоянія, коими уничтожается вмѣняемость дѣятеля, авторъ полагаетъ, что уголовный законъ долженъ ограничиться установленіемъ общаго правила, которое могло бы обнять всѣ конкретные случаи; беря на себя задачу перечислить всѣ такія состоянія, законодатель рискуетъ опустить нѣкоторыя изъ нихъ, или облечь въ форму закона техническіе термины судебной медицины, не представляющіе въ себѣ чего либо вполнѣ точнаго и законченнаго. Изъ 4-хъ главныхъ признаваемыхъ медициною видовъ умственнаго разстройства (идіотизмъ, слабоуміе, помѣшательство и манія) идіотизмъ, полное помѣшательство (démence complète) и манія безусловно исключаютъ вмѣняемость. Чтоже касается слабоумія и неполнаго помѣшательства, то, строго говоря, здѣсь можно, смотря по обстоятельствамъ и степени поврежденія мыслительной способности субъекта, допустить возможность вмѣненія; но виновность лица является во всякомъ случаѣ значительно пониженною, или даже низведенною на степень гражданской отвѣтственности. Относительно мономаніи, авторъ склоняется къ допущенію невмѣняемости даже въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо обладаетъ способностью нравственной оцѣнки своихъ дѣйствій (raison morale), такъ какъ подобный субъектъ, не будучи въ состояніи противиться влеченію къ преступленію, совершаемому подъ вліяніемъ галлюцинацій,—видѣній или какой-либо преобладающей идеи, не обладаетъ *свободою*. Точно также въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, когда преступленіе совершено во время сна или въ состояніи сомнамбулизма, можно говорить лишь о несчастной случайности, а не о вмѣняемости дѣятеля. Опьянѣніе, съ точки зрѣнія криминалиста, яв-

ляется съ различнымъ значеніемъ, смотря по причинамъ, его вызвавшимъ, и по той степени, которой оно достигло. Если опьянѣніе было случайное, то здѣсь примѣнимо общее правило: полное опьянѣніе исключаетъ вмѣняемость субъекта,—неполное вліяетъ только на мѣру виновности. Равнымъ образомъ полное опьянѣніе исключаетъ вмѣняемость и тогда, если оно произошло по неосторожности дѣятеля, хотя безъ сомнѣнія самый фактъ опьянѣнія въ этомъ случаѣ вмѣняется лицу въ вину, и государство можетъ облагать неосторожное опьянѣніе наказаніемъ какъ delictum sui generis.

Опьянѣніе неполное, не устраняя вмѣняемости, представляется, относительно мѣры виновности, съ двоякимъ противоположнымъ значеніемъ: съ одной стороны, какъ уменьшающее вину обстоятельство, такъ какъ имъ искажаются способности человѣка; съ другой стороны привычка къ пьянству является увеличивающимъ вину обстоятельствомъ. Оцѣнка вліянія неполнаго опьянѣнія на виновность субъекта должна быть предоставлена законодателемъ судьѣ. Можно только сказать, что какъ скоро рѣчь идетъ объ одномъ изъ важныхъ преступленій, элементъ смягченія вины, обусловливаемый искаженіемъ способностей, долженъ брать перевѣсъ надъ элементомъ ея отягощенія, заключающимся исключительнс въ безнравственности пьянства; при преступленіяхъ маловажныхъ, въ особенности тѣхъ, которыя составляютъ обыкновенное послѣдствіе злоупотребленія спиртными напитками, неполное опьянѣніе получаетъ главнымъ образомъ значеніе увеличивающаго вину обстоятельства. Наконецъ, если опьянѣніе является умышленнымъ, причемъ дѣятель привелъ себя въ такое состояніе намѣренно, желая возбудить въ себѣ энергію на совершеніе преступленія, заставить умолкнуть послѣднія угрызенія совѣсти, то, по мнѣнію автора, вмѣняемость остается, а виновность дѣятеля въ большинствѣ случаевъ увеличивается, причемъ безразлично, будетъ ли опьянѣніе полнымъ или нѣтъ, такъ какъ оно является здѣсь какъ бы орудіемъ совершенія преступленія. Хотя такимъ образомъ опьянѣніе можетъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, уничтожать вмѣняемость субъекта или служить уменьшающимъ вину его обстоятельствомъ, тѣмъ не менѣе авторъ полагаетъ, что было бы опасно помѣщать его въ числѣ предусматриваемыхъ уголовнымъ закономъ условій невмѣняемости или уменьшающихъ вину обстоятельствъ. Легкость, съ которою преступникъ можетъ притвориться пьянымъ или казаться съ виду болѣе

пьянымъ чѣмъ на дѣлѣ, а съ другой стороны непродолжительность состоянія возбужденія вслѣдствіе опьянѣнія, не оставляющаго притомъ послѣ себя никакихъ слѣдовъ, по которымъ судебный врачъ могъ бы съ достовѣрностью опредѣлить дѣйствительные размѣры опьянѣнія, все это заставляетъ быть очень осторожнымъ при оцѣнкѣ значенія этого обстоятельства для вмѣняемости лица. Вотъ почему умолчаніе закона о значеніи опьянѣнія для вмѣненія, съ предоставленіемъ судебной практикѣ рѣшенія вопроса въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, было бы, по мнѣнію автора, наиболѣе правильнымъ выходомъ изъ затрудненія. Къ опьянѣнію близко подходятъ тѣ состоянія возбужденія, которыя производятся афродизіакальными средствами или ядами, напр. фосфоромъ, шпанскими мухами, опіумомъ, гашишомъ и т. п.

Глухонѣмота, по своему значенію для вмѣняемости, можетъ быть приравнена къ дѣтскому возрасту. Отсутствіе слуха и происходящая вслѣдствіе сего утрата дара слова ставятъ глухонѣмаго въ разобщенное отъ другихъ людей положеніе: человѣкъ, какъ членъ общественнаго цѣлаго, какъ нравственная личность, исчезаетъ въ немъ; идеи общественныхъ отношеній, пониманіе справедливости и несправедливости остаются ему въ значительной степени чуждыми. Съ другой стороны, умственное развитіе глухонѣмыхъ представляется весьма различнымъ: при помощи другихъ, остающихся въ его распоряженіи чувствъ и особыхъ методовъ обученія, глухонѣмой можетъ отчасти восполнить недостатокъ дара слова, по крайней мѣрѣ развиться до пониманія преступнаго характера наиболѣе тяжкихъ дѣяній, а въ исключительныхъ случаяхъ даже стать на уровень людей съ нормальными умственными способностями. Признавая поэтому, что глухонѣмота не всегда должна вполнѣ устранять отвѣтственность лица, авторъ полагаетъ однако, что даже въ тѣхъ случаяхъ, когда глухонѣмой признается дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, наказуемость его должна быть значительно понижена.

Что касается случаевъ совершенія преступленія въ моменты такъ называемыхъ свѣтлыхъ промежутковъ между приступами душевной болѣзни, то, по мнѣнію автора, здѣсь должно существовать предположеніе невмѣняемости подсудимаго, пока противное не будетъ доказано обвиненіемъ. Судебная медицина отказывается дать общее категорическое рѣшеніе вопроса о вмѣняемости

при lucida intervalla, требуя производства всесторонняго изслѣдованія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Употребленное впервые въ Code pénal 1810 г. слово démence должно быть понимаемо не въ техническомъ судебно-медицинскомъ смыслѣ и не въ томъ узкомъ значеніи, которое оно имѣетъ въ гражданскомъ кодексѣ, такъ какъ оно обнимаетъ собою всѣ случаи лишенія разсудка (dementia). На этомъ основаніи сюда подойдутъ: идіотизмъ, полное слабоуміе, полное помѣшательство, манія, мономанія, бредъ или моментальная утрата разсудка вслѣдствіе другой какой либо физической болѣзни. Что же касается сомнамбулизма, опьянѣнія, глухонѣмоты, то нѣтъ никакого основанія думать, что законодатель подразумѣвалъ и эти состоянія подъ словомъ démence. Code pénal вовсе умалчиваетъ объ этихъ состояніяхъ, и признаніе въ подобныхъ случаяхъ лица невиновнымъ не можетъ быть основано на ст. 64 Code pénal.

VIII.

Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, изд. 1862 г. т. II стр. 57 и слѣд.

Авторъ выводитъ опредѣленіе способности ко вмѣненію (Zurechnungsfähigkeit) изъ понятія вмѣненія (Zurechnung). Онъ говоритъ: «вмѣненіе вообще предполагаетъ возможность достиженія цѣли уголовныхъ законовъ; оно такимъ образомъ имѣетъ мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возможность эта въ действительности существуетъ, и, наоборотъ, отсутствуетъ тамъ, гдѣ такой возможности нѣтъ. Цѣль уголовныхъ законовъ двоякая: опредѣляемое ими наказаніе съ одной стороны должно быть справедливо, а съ другой, должно служить побужденіемъ къ соблюденію сказанныхъ законовъ, т. е. оно должно заключать въ себѣ мотивъ, опредѣляющій волю лица въ смыслѣ воздержанія отъ совершенія тѣхъ преступныхъ дѣяній, кои указаны въ законѣ. По отношенію ко вмѣненію имѣетъ значеніе только вторая изъ указанныхъ цѣлей, такъ какъ ею исключительно опредѣляется умѣстность наказанія, первая же цѣль нормируетъ размѣръ наказанія. Иначе: вмѣненіе имѣетъ мѣсто вообще тамъ, гдѣ для дѣятеля существуетъ возможность опредѣляться предвидѣніемъ (Aussicht) наказанія или другими, въ общемъ сходными съ наказаніемъ, моментами; на оборотъ тамъ, гдѣ исключается возможность такой опредѣляемости (Bestimmbarkeit) воли дѣятеля, вмѣненіе не можетъ имѣть мѣста».

На этомъ основаніи состояніе вмѣняемости Geib опредѣляетъ слѣдующимъ образомъ: «Die Bestimmbarkeit des Menschen durch äussere Momente, und daher namentlich auch die Bestimmbarkeit jedes Verbrechers sowohl durch solche Momente überhaupt als insbesondere durch die Aussicht auf Strafe, ist der gewöhnliche (normale) Zustand, und eben um deswillen denn auch die Zurechnungsfähigkeit selbst das gewöhnliche oder normale Verhältniss.»

Съ практической точки зрѣнія все ученіе о вмѣненіи сводится къ разрѣшенію вопроса: въ какихъ случаяхъ исключается способность преступника ко вмѣненію? а этотъ вопросъ въ свою очередь сводится къ другому: въ какихъ случаяхъ становится невозможною опредѣляемость преступника, перспективою ли наказанія или другими, лишь въ общемъ сходнымъ съ наказаніемъ, моментами.

Авторъ предлагаетъ слѣдующую схему для тѣхъ случаевъ, въ коихъ опредѣляемость дѣятеля становится невозможною: I. Невозможность опредѣляемости предвидѣніемъ наказанія: а) вслѣдствіе незнакомства дѣятеля съ подлежащими карательными постановленіями—невѣдѣніе закона и ошибочное его пониманіе (Rechtsunkenntniss u. Rechtsirrthum); б) вслѣдствіе незнакомства съ юридической природою дѣянія или послѣдствіями таковаго—фактическое заблужденіе и случай. II. Невозможность опредѣляемости посредствомъ какого-либо другаго момента, аналогичнаго съ наказаніемъ, т. е. посредствомъ всякаго момента, наступленіе котораго представляется болѣе или менѣе отдаленнымъ: а) вслѣдствіе внѣшнихъ (физическихъ) условій, исключающихъ возможность какого бы то ни было противодѣйствія со стороны дѣятеля—физическое принужденіе; б) вслѣдствіе внутреннихъ (психическихъ) состояній, если послѣднія овладѣваютъ дѣятелемъ въ такой степени, что всякое иное отношеніе къ дѣйствительности (помимо того, которое осуществляется имъ въ данный моментъ) становится для него невозможнымъ—въ особенности душевныя болѣзни и болѣзненныя настроенія (Geistes- und Gemüthskrankheiten). (О невѣдѣніи закона, о юридическомъ заблужденіи, а также о физическомъ принужденіи см. ниже).

Опьянѣніе, на его высшей ступени, всегда исключаетъ вмѣняемость дѣятеля, все равно, будетъ ли оно произвольное или непроизвольное, извинительное или неизвинительное.

Только тогда, если не самое приведеніе себя въ состояніе опьяпѣнія, но учиненіе въ такомъ состояніи дѣйствій является преступнымъ (такъ назыв. actiones liberae in causa), т. е. когда опьяпѣвшій зналъ, что его состояніе или *неизбѣжно* повлечетъ за собою совершеніе преступленія (напр. бездѣйствіе по службѣ), или могъ это предполагать съ большею или меньшею вѣроятностію (на основаніи прежнихъ опытовъ или въ виду особыхъ обстоятельствъ даннаго случая) и тѣмъ не менѣе привелъ себя въ такое состояніе,—вмѣненіе можетъ имѣть мѣсто, въ первомъ случаѣ за dolus, а во второмъ за culpa. Если же дѣятель привелъ себя въ состояніе опьянѣнія именно съ намѣреніемъ совершить извѣстное преступленіе и затѣмъ дѣйствительно совершилъ таковое *согласно* первоначально принятому рѣшенію и *въ силу* этого рѣшенія, то здѣсь слѣдуетъ допустить полную вмѣняемость дѣятеля, такъ какъ самое выполненіе преступленія служитъ нагляднымъ доказательствомъ того, что дѣятель не утратилъ способности опредѣляться такими соображеніями, которыя относятся ко времени, предшествующему опьянѣнію. Но если совершенное преступленіе не стоитъ, по отношенію къ преднамѣренному, въ причинной связи, какъ его, болѣе или менѣе ясно обдуманное слѣдствіе, то понятно, что здѣсь должно имѣть примѣненіе положеніе объ actiones liberae in causa, и потому, смотря по обстоятельствамъ, дѣйствіе можетъ быть вмѣнено дѣятелю въ вину за dolus или culpa, или же вмѣняемость лица вовсе исключается. Относительно вмѣняемости дѣятеля, находящагося въ состояніи полнаго опьянѣнія, авторъ цитируетъ слѣдующее замѣчаніе Савиньи: „допустить, что кто-либо задумалъ совершеніе преступленія и затѣмъ привелъ себя, посредствомъ спиртныхъ напитковъ, въ совершенно безсознательное состояніе, съ цѣлью совершить въ такомъ состояніи это преступленіе, значило бы впасть въ очевидное противорѣчіе. Если онъ вполнѣ утратилъ сознаніе, если онъ, слѣдовательно, вполнѣ невмѣняемъ, то не можетъ онъ болѣе и совершить преднамѣреннаго преступленія въ силу ранѣе принятаго рѣшенія. Если же лицо находится не въ состояніи полной безсознательности, а только въ состояніи возбужденія, то вмѣненіе существуетъ, и для этого случая нѣтъ никакой надобности установлять какое-то особое изъятіе изъ общаго правила, такъ какъ всякій судья накажетъ такого субъекта“.

Сонъ, лунатизмъ, просонки (Traum, Traumwandeln, Schlafwandeln,

Nachtwandeln). Спящій отдѣленъ отъ внѣшняго міра, онъ живетъ въ своемъ собственномъ мірѣ, въ области сновидѣній, возникающихъ по естественнымъ законамъ, которые не имѣютъ ничего общаго съ гражданскою жизнью; спящій поэтому неспособенъ опредѣляться къ дѣйствію предвидѣніемъ наказанія. Сомнамбулизмъ (Traumwandeln, Schlafwandeln, Nachtwandeln) есть состояніе близкое ко сну, и по тѣмъ же основаніямъ исключаетъ вообще вмѣняемость дѣятеля, вмѣненіе дѣйствій, учиненныхъ въ этомъ состояніи, за dolus или culpa возможно лишь при тѣхъ же условіяхъ, какъ при опьянѣніи (actiones liberae in causa). Напримѣръ, можно себѣ представить такой случай: лунатикъ, зная, когда онъ будетъ находиться въ состояніи сомнамбулизма и о томъ, что въ это время онъ склоненъ ранить или убить всякаго, кто къ нему приблизится, задается мыслью убить въ такомъ состояніи своего врага и въ этихъ видахъ ложится съ нимъ спать въ одной комнатѣ, приготовляетъ оружіе и т. п. Такой субъектъ можетъ быть признанъ отвѣтственнымъ за dolus, какъ и тотъ, кто, съ подобною же цѣлью, напивается до пьяна. Пресонки составляютъ переходное состояніе между сномъ и бодрствованіемъ; субъектъ находится на границѣ, отдѣляющей міръ дѣйствительный отъ міра сновидѣній, и если впечатлѣнія дѣйствительности могутъ уже оказывать нѣкоторое вліяніе на его дѣйствія, то съ другой стороны они перемѣшаны съ сонными представленіями въ такой степени, что не могутъ служить опредѣляющими волю лица моментами (Bestimmungsgründe); въ виду этого такой субъектъ, смотря по тому, живетъ ли онъ болѣе дѣйствительною жизнью, чѣмъ сновидѣніями, или наоборотъ, является, или вполнѣ или только отчасти, неспособнымъ ко вмѣненію.

Помѣшательство (Wahnsinn) можетъ быть охарактеризовано какъ такое состояніе, въ которомъ сумасшедшій смѣшиваетъ объективное съ субъективнымъ, явленія здѣшняго міра и свои внутреннія ощущенія; онъ, подобно спящему, живетъ сновидѣніями на яву, и также какъ этотъ послѣдній отдаленъ отъ дѣйствительности, вслѣдствіе чего дѣйствія его не могутъ быть регулируемы какими либо реальными мотивами.

Различныя формы помѣшательства (mania, mania transitoria) имѣютъ одинаковое значеніе для вмѣненія, какъ скоро ими устраняется опредѣляемость дѣятеля. Что касается частичнаго помѣшательства, то здѣсь только часть души субъекта находится въ болѣзненномъ

состояніи, между тѣмъ какъ другая ея часть остается неповрежденною и потому способною дѣлать различіе между субъективнымъ и объективнымъ, а потому дѣйствія лица, страдающаго частичнымъ помѣшательствомъ, не могутъ быть вмѣнены ему въ вину лишь тогда, когда они проистекли изъ болѣзненной части души, а не тогда, когда они имѣютъ своимъ источникомъ часть души, оставшуюся неповрежденною; но безъ сомнѣнія, замѣчаетъ авторъ, примѣненіе наказанія, по требованіямъ гуманности, должно быть отсрочено до окончательнаго выздоровленія субъекта. Вмѣстѣ съ тѣмъ авторъ цитируетъ слѣдующее мнѣніе Mair'а (Iuristisch. medicin. Comment. I стр 307): „Wie dürfen wir es wagen, den Wirkungskreis einer fixen Idee in der Gesammtheit aller Seelenwirkungen so genau abzugränzen, um zu bestimmen, ob der Ursprung eines gesetzwidrigen Motivs inner-oder ausserhalb jenes Wirkungskreises gelegen ist? in der That, es ist uns jede Möglichkeit abgeschnitten, den erkrankten Theil der Seele von dem gesunden abzusondern, diesen vor Gericht zu belangen und jenen von aller Verantwortung freizusprechen“. Что касается такъ называемыхъ lucida intervalla,—когда съумасшедшій на время возвращается къ дѣйствительности изъ міра сновидѣній съ тѣмъ, чтобы послѣ этого свѣтлаго промежутка вновь возвратиться въ прежнее состояніе,—то нѣтъ сомнѣнія, говоритъ Geib, что всѣ дѣйствія, совершенныя душевно больнымъ въ эти свѣтлые промежутки, должны быть вмѣнены ему въ вину; но и здѣсь, какъ при частичномъ помѣшательствѣ, исполненіе наказанія должно быть отлагаемо до исцѣленія больнаго. Манія безъ бреда (mania sine delirio), характеризующаяся полнымъ отсутствіемъ воли при совершенно нормальномъ состояніи разсудочныхъ способностей, должна очевидно исключать вмѣняемость дѣятеля, но авторъ признаетъ существованіе такого болѣзненнаго разстройства весьма сомнительнымъ. Мономанія, выражающаяся въ столь сильномъ развитіи (Steigerung) инстинктивныхъ влеченій къ совершенію различныхъ преступленій (пироманія, клептоманія, мордманія, прихоти беременныхъ), что больной, такъ же какъ и при mania sine delirio, не въ силахъ воздержаться отъ совершенія преступленія, лишена, по мнѣнію автора, всякаго юридическаго значенія; все, что можно допустить—это признать такіе болѣзненно развитые инстинкты, именуемые мономаніею, основаніемъ уменьшенной вмѣняемости. Галлюцинаціи, насколько ими обусловливается невѣрность сужденія о явленіяхъ дѣйствительности, и насколько совер-

шаемыя лицомъ дѣйствія, являются прямымъ слѣдствіемъ такого обмана чувствъ, отвѣчая содержанію галлюцинацій, уничтожаютъ способность ко вмѣненію.

Тупоуміе (Blödsinn), являющееся въ различной степени (слабоуміе, глупость, простота, тупоуміе въ собственномъ смыслѣ, кретинизмъ) исключаетъ вмѣняемость, если лицо неспособно къ сужденію о юридической природѣ своихъ поступковъ и потому, наравнѣ съ лицомъ, находящимся въ фактическомъ заблужденіи, неспособно опредѣляться къ дѣйствію мотивомъ его наказуемости. Безъ сомнѣнія однако безусловная неспособность распознавать преступный характеръ своихъ дѣйствій встрѣчается только при полномъ тупоуміи и кретинизмѣ; слабоуміе же и глупость, по свойству совершеннаго дѣянія, по большей или меньшей трудности опредѣлить его преступный характеръ—могутъ или устранять вмѣняемость или же обусловливаютъ только уменьшенную вмѣняемость дѣятеля.

IX.

Wahlberg, Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege, изд. 1869 г. Его же: **Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht etc.**, изд. 1875—1882 г., т. I, стр. 32 и слѣд.

Примѣненіе карательнаго закона обусловливается возможностью психологическаго воздѣйствія заключающейся въ немъ угрозы на волю субъекта. Поэтому вмѣненіе предполагаетъ опредѣляемость дѣятеля постановленіями уголовнаго закона при посредствѣ 1) способности распознавать запрещенность дѣйствія и 2) силы характера, достаточной для того, чтобы слѣдовать велѣніямъ закона. »Die Zurechnungsfähigkeit im Strafrechte bedeutet Bestimmbarkeit des handelnden Subjectes durch das Strafgesetz in zweifacher Beziehung: hinsichtlich der zur Erkenntniss der Unerlaubheit einer Handlung erforderlichen Urtheilskraft und der Macht, den erkannten oder bei gehöriger Bedachtsamkeit erkennbaren Geboten und Verboten Folge leisten zu können . . . . Wo die psychologische Wirksamkeit des Strafgesetzes nicht möglich war, ist die Anwendbarkeit desselben ausgeschlossen.« Признавая понятіе свободы воли отправною точкою всего ученія о вмѣненіи, авторъ находитъ однако дѣлаемое большинствомъ криминалистовъ и уголовныхъ кодексовъ опредѣленіе способности ко вмѣненію, какъ возможности хотѣть и дѣйствовать при наличности сознательнаго отношенія дѣятеля къ себѣ и своимъ поступ-

камъ—неудовлетворительнымъ. Если удовольствоваться такимъ опредѣленіемъ вмѣняемости, замѣчаетъ авторъ, то пришлось бы признать отвѣтственными за свои дѣйствія цѣлыя группы душевнобольныхъ, такъ какъ антропологo-психологическія изслѣдованія указываютъ на такіе случаи, гдѣ душевнобольные сохраняли самосознаніе, сознаніе причинной связи ихъ поступковъ съ ихъ личностью и способность дѣйствовать согласно принятому рѣшенію; имъ недоставало только способности согласовать свой образъ дѣйствій съ требованіями нравственнаго и гражданскаго долга. Сознаніе лицомъ того, что оно производитъ извѣстное дѣйствіе, еще недостаточно для признанія его отвѣтственнымъ, такъ какъ причинная связь дѣйствія съ производящею его причиною еще не обусловливаетъ сама по себѣ уголовной вмѣняемости. Для признанія того, что преступникъ во время учиненія дѣйствія обладалъ способностью самоопредѣляться согласно съ предписаніями уголовнаго закона, необходимо, чтобы послѣдній былъ ему извѣстенъ, или чтобы преступный характеръ совершаемаго дѣйствія или упущенія представлялся очевиднымъ или по крайней мѣрѣ могъ быть извѣстенъ лицу, при надлежащей съ его стороны осмотрительности. Но и способность распознавать неправду не исчерпываетъ понятія уголовной вмѣняемости. Необходима еще сверхъ того способность быть въ состояніи оказать противодѣйствіе преступному влеченію. Большинство уголовныхъ кодексовъ полагаютъ основаніе невмѣняемости въ недостаткѣ разумѣнія (Mangel des Urtheils und Erkenntnissvermögens), какъ будто бы, замѣчаетъ Вальбергъ, дѣятель долженъ считаться отвѣтственнымъ за знаніе или разумѣніе, а не за преступное настроеніе воли. Новѣйшіе криминалисты считаютъ обладаніе способностью различать понятія (Unterscheidungsvermögen), въ качествѣ единственнаго условія вмѣняемости, вполнѣ достаточнымъ. Нельзя согласиться съ подобнымъ мнѣніемъ. Если способность различать понятія есть составная часть самоопредѣленія, то требовать наличности первой, въ качествѣ особаго элемента, значило бы вносить путаницу въ понятія. Если же эта способность имѣетъ лишь значеніе сознанія долга или правосознанія (Pflicht-oder Rechtsbewusstsein), въ такомъ случаѣ она не можетъ быть разсматриваема какъ всестороннее выраженіе понятія уголовной вмѣняемости. Die Zurechnungsfähigkeit hat nicht nur ein Wissen und Wollen, nicht nur ein Kennen, sondern auch ein Können zur

Voraussetzung. Уголовный законъ предполагаетъ въ нормальномъ человѣкѣ извѣстную силу противодѣйствія, извѣстную зрѣлость характера (Reife des individuellen Charakters), безъ чего невозможно психологическое воздѣйствіе карательнаго закона, а слѣдовательно немыслимо и вмѣненіе. Эта необходимая для уголовной вмѣняемости зрѣлость индивидуальнаго характера заключаетъ въ себѣ не одинъ только интеллектуальный моментъ. Не слѣдуетъ забывать, что преступленіе въ существѣ своемъ является преступностію воли, а не ошибкою интеллекта. Если отождествлять вмѣняемость и знаніе уголовнаго закона, то пришлось бы признать нѣкоторыхъ съумасшедшихъ подлежащими наказанію. Бываютъ душевно больные, которые способны вполнѣ хорошо различать право отъ неправа, обладаютъ сознаніемъ недозволенности извѣстнаго дѣйствія и однако же совершаютъ его, потому что *не могутъ* поступить иначе. Здѣсь мы имѣемъ моменты разсудочности, способности къ различенію, безъ вмѣняемости, имѣемъ въ извѣстномъ смыслѣ и самоопредѣленіе, при наличности въ тоже время субъективной невозможности опредѣляться чѣмъ-либо инымъ, кромѣ болѣзненнаго представленія „я“ или какой либо idée fixe. Логическій процессъ не утрачивается при нѣкоторыхъ формахъ душевныхъ болѣзней и не можетъ поэтому служить признакомъ, разграничивающимъ понятія вмѣняемости и невмѣняемости. Такимъ отличительнымъ признакомъ служитъ наступающее въ прогрессирующемъ ходѣ болѣзни *измѣненіе характера* индивида. Эта перемѣна въ характерѣ субъекта и образуетъ, по мнѣнію Иделера, настоящій психологическій зародышъ душевныхъ болѣзней, и уже послѣ того обнаруживается разстройство разсудочной способности, какъ слѣдствіе первичныхъ измѣненій характера. Въ этомъ Вальбергъ усматриваетъ подтвержденіе своего положенія о томъ, что въ здоровомъ состояніи характеръ субъекта является съ значеніемъ условія вмѣняемости и что принципъ уголовной вмѣняемости не можетъ быть выведенъ ни изъ способности воли, ни изъ способности разумѣнія, ни наконецъ изъ сознанія долга, взятыхъ въ отдѣльности. Die Zurechnungsfähigkeit im Strafrechte erscheint hiernach als eine inhärirende Eigenschaft des bereits durch die Motive des Strafgesetzes bestimmbar gewordenen individuellen Charakters.

X.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, стр. 203 и слѣд.

Отвѣтственность дѣятеля за совершенное имъ противозаконное дѣяніе необходимо предполагаетъ, что это дѣйствіе можетъ быть отнесено на его счетъ, иначе сказать, можетъ быть вмѣнено ему въ вину; вмѣнить же дѣяніе лицу значитъ утверждать, что послѣднее виновно въ его совершеніи и вслѣдствіе того должно подлежать уголовной отвѣтственности. Ainsi, la possibilité de mettre une action sur le compte de quelqu'un, ou *l'imputabilité* suppose la *culpabilité*, et celle-ci entraîne la *responsabilité* de l'agent; l'imputabilité ou la moralité du fait et la culpabilité de l'auteur sont donc des expressions synonymes. Виновность, въ обширномъ смыслѣ этого слова (culpa sensu latiori) обнимаетъ собою и умыселъ (dolus) и неосторожность (culpa sensu strictiori); въ обоихъ случаяхъ предполагается, что дѣятель обладаетъ разумѣніемъ и свободою. Подъ разумѣніемъ или различеніемъ (intelligence ou discernement) слѣдуетъ понимать способность человѣка сознавать противозаконность дѣйствія, о вмѣненіи котораго идетъ рѣчь. Свобода можетъ быть внутренняя или внѣшняя. Первая или свободная воля (libre arbitre) есть способность желать или не желать, вообще опредѣляться самопроизвольно (se déterminer spontanément); вторая состоитъ во власти дѣйствовать или не дѣйствовать, совершить что либо или воздержаться отъ дѣйствованія. При отсутствіи одного изъ этихъ двухъ условій, всякая виновность исчезаетъ, фактъ не можетъ быть вмѣненъ дѣятелю и не можетъ поэтому повлечь для него никакой отвѣтственности. Это общее начало примѣнимо ко всякаго рода правонарушеніямъ. Соединеніе въ субъектѣ обоихъ условій, безъ которыхъ виновность немыслима—разумѣнія и свободы дѣятеля, недостаточно однако же для признанія его виновнымъ и отвѣтственнымъ за совершенное дѣяніе и вытекшія изъ него послѣдствія. Необходимо сверхъ того, чтобы лицо, сознавая противозаконность своего дѣйствія, желало его совершенія, или же, не имѣя умысла нарушить законъ, пренебрегло предосторожностями, которыя оно могло и обязано было предпринять въ видахъ избѣжанія тѣхъ вредныхъ послѣдствій, причиною наступленія коихъ неумышленно сдѣлалось. Ainsi, l'on ne peut imputer à l'agent ni dol, ni faute, lorsqu'il n'a pu comprendre l'illégalité du fait ou qu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. Mais bien qu'il ait joui de ses facultés intellectuelles et morales au temps de

l'action, il n'est coupable, que lorsqu'on peut lui reprocher une intention criminelle ou une répréhensible négligence.

Причины, устраняющія виновность дѣятеля (les causes qui effacent la culpabilité de l'agent), Haus дѣлитъ на три группы: 1) условія, исключающія разумѣніе: а) дѣтскій возрастъ, б) глухонѣмота, в) душевныя болѣзненныя состоянія: идіотизмъ, помѣшательство, манія съ бредомъ, г) состоянія временной утраты разсудка (des égarements momentanés de l'esprit): сонъ, просонки, лунатизмъ, опьянѣніе. Вторую группу образуютъ условія, уничтожающія свободу дѣятеля: а) принужденіе физическое, б) принужденіе моральное и в) страсти и аффекты. Къ третьей группѣ причинъ, обусловливающихъ невиновность дѣятеля, авторъ причисляетъ: невѣдѣніе юридическое и фактическое и ошибку.

Къ условіямъ, уничтожающимъ преступность дѣйствія (des causes qui détruisent la criminalité de l'action), Haus относитъ: 1) предписаніе дѣйствія закономъ или приказъ, исходящій отъ власти, 2) необходимую оборону (la légitime défence), 3) пользованіе своимъ правомъ и согласіе лица потерпѣвшаго на совершенное противъ него дѣйствіе.

По вопросу о вліяніи дѣтскаго возраста на вмѣненіе авторъ ограничивается изложеніемъ постановленій бельгійскаго кодекса. Глухонѣмота, по мнѣнію Haus'а, ближе всего подходитъ, по своему значенію для вмѣненія, къ дѣтскому возрасту. Глухонѣмые, не получившіе вовсе образованія, лишены способности различать добро и зло; тѣ же, которые получили нѣкоторое развитіе и потому имѣютъ понятіе о томъ, какія дѣйствія, въ силу естественнаго закона, считаются безнравственными, часто бываютъ неспособны распознать законопротивность такихъ дѣйствій, кои воспрещаются закономъ въ интересахъ соціальныхъ. Эти соображенія побудили бельгійскаго законодателя распространить на глухонѣмыхъ дѣйствіе постановленій кодекса, касающихся молодыхъ преступниковъ, и сдѣлать для суда обязательною постановку вопроса о томъ, обладаетъ ли дѣятель разумѣніемъ, или нѣтъ. Потеря зрѣнія, слуха, языка не исключаетъ вмѣнимости дѣйствій, противорѣчащихъ уголовному закону. Въ томъ однако случаѣ, если глухонѣмота наступила до достиженія лицомъ 16-тилѣтняго возраста, и если съ этого времени глухой оставался безъ всякаго образованія, то, по мнѣнію автора, подобный субъектъ

долженъ быть освобожденъ отъ уголовной отвѣтственности, такъ какъ тѣ нравственныя понятія, которыя были имъ усвоены въ ранней юности, безъ сомнѣнія должны быть весьма шаткими и неясными.

Употребленное въ ст. 71 бельгійскаго уголовнаго кодекса слово démence обнимаетъ собою, по мнѣнію Haus'a, всѣ виды душевныхъ болѣзней (maladies mentales), которыя наука сводитъ къ тремъ основнымъ формамъ: идіотизмъ, помѣшательство въ собственномъ смыслѣ, и манія съ бредомъ. Идіотизмъ, обусловливаясь уродливымъ образованіемъ органовъ мозга, является врожденнымъ недостаткомъ умственныхъ способностей; онъ можетъ выражаться или въ полномъ отсутствіи идей и нравственной свободы (spontanéité morale); въ такомъ случаѣ онъ безусловно исключаетъ вмѣняемость дѣятеля. Когда же идіотизмъ выражается лишь въ недостаточномъ умственномъ развитіи, рѣшеніе вопроса о вмѣненіи стоитъ въ зависимости отъ свойства совершеннаго дѣянія и обстоятельствъ даннаго случая. Къ полному идіотизму авторъ приравниваетъ, въ отношеніи вмѣненія, помѣшательство въ собственномъ смыслѣ, характеризующееся совершеннымъ ослабленіемъ и атоніей органовъ мысли, и манію съ бредомъ—выражающуюся въ болѣзненномъ возбужденіи мыслительной способности, сопровождающемся фантастическими иллюзіями.

Что касается однопредметнаго помѣшательства (démence ou manie partielle, monomanie), характеризующагося тѣмъ, что болѣзненный бредъ сосредоточивается на одномъ какомъ либо пунктѣ, опредѣленной идеѣ (idée fixe), которая вполнѣ овладѣваетъ больнымъ, и въ то же время умственныя способности такого субъекта представляются во всѣхъ другихъ отношеніяхъ совершенно нормальными,—то, при ближайшемъ анализѣ, эта форма оказывается общимъ разстройствомъ умственныхъ операцій и потому должна обусловливать полную невмѣняемость дѣятеля даже въ тѣхъ случаяхъ, когда совершенное имъ преступленіе не находитъ себѣ объясненія въ преобладающей у больнаго идеѣ. Невозможность скрытой, ничѣмъ не выражающейся маніи (mania occulta), доказывается опытомъ. Иногда манія является въ видѣ кратковременныхъ приступовъ бѣшенства (furor transitorius, mania brevis), сопутствующихъ нѣкоторымъ болѣзнямъ (лихорадкѣ, водобоязни, состоянію беременности или родовому періоду, эпилепсіи). Больной, совершившій, во время одного изъ такихъ приступовъ, пре-

ступленіе, не можетъ безъ сомнѣнія подлежать за него какой либо отвѣтственности. Эти періодическіе приступы бѣшенства, наблюдаемые въ теченіи нѣкоторыхъ тѣлесныхъ страданій, не должны быть смѣшиваемы съ такъ называемою перемежающеюся маніею (manie intermittente). Особенность послѣдней состоитъ въ томъ, что она въ своемъ теченіи представляетъ періодическіе свѣтлые промежутки, во время которыхъ сознаніе и мыслительная способность возвращаются къ больному. Надо замѣтить, что прекращеніе душевной болѣзни на болѣе или менѣе значительное время нельзя отождествлять съ свѣтлымъ промежуткомъ, во время котораго манія все еще продолжаетъ существовать, но только не выражается бредомъ или другими симптомами. По мнѣнію Haus'а, если маніакъ, въ одинъ изъ такихъ свѣтлыхъ промежутковъ, совершаетъ преступленіе, послѣднее не можетъ быть вмѣнено ему въ вину. Болѣзненныя иллюзіи и въ эти моменты продолжаютъ управлять дѣйствіями больнаго и было бы ошибочно полагать, что, какъ только пароксизмы маніи на время пріостановились, больной сразу пріобрѣтаетъ ту моральную силу, которая ему необходима для того, чтобы устоять противъ перваго искушенія, перваго желанія, которое по какому либо поводу зародилось въ его ослабленной страданіями душѣ. Къ состояніямъ временной утраты разсудочной способности авторъ относитъ: сонъ и опьянѣніе. Вредъ, причиненный во время сна, можетъ быть вмѣненъ дѣятелю тогда лишь, если онъ могъ его предвидѣть, напр. если мать, во время сна, задавила тяжестью своего тѣла ребенка, котораго имѣла неосторожность положить рядомъ съ собою. Состояніе просонокъ (semisomnus, stupor somnolentus) безусловно исключаетъ вмѣненіе даже за culpa. Равнымъ образомъ невмѣнимо въ вину дѣйствіе, учиненное въ состояніи сомнамбулизма, хотя бы даже лунатикъ привелъ въ это время въ исполненіе свой ранѣе выработанный преступный планъ, или одобрилъ впослѣдствіи учиненное имъ во время сна преступленіе; но, безъ сомнѣнія, лунатикъ можетъ подлежать отвѣтственности какъ за culpa, если онъ, зная о своей болѣзни, не принялъ необходимыхъ предосторожностей. Опьянѣніе, имѣвшее печальныя послѣдствія, не можетъ быть разсматриваемо какъ преходящее помѣшательство (demence passagère), потому что этимъ терминомъ законодатель имѣлъ въ виду обнять только различные виды органическаго поврежденія мыслительной способности. Равнымъ

образомъ оно не отнесено бельгійскимъ закономъ къ числу извиняющихъ обстоятельствъ (excuses légales). Но отсюда никакъ нельзя заключать, что, по мнѣнію законодателя, опьянѣніе не можетъ оказывать никакого вліянія на вмѣненіе совершенныхъ подъ его вліяніемъ дѣйствій. Молчаніе закона имѣетъ въ этомъ случаѣ лишь тотъ смыслъ, что оцѣнка этого вліянія предоставлена закономъ судьѣ. Рѣшеніе вопроса о мѣрѣ отвѣтственности дѣятеля, учинившаго преступленіе въ пьяномъ видѣ, зависитъ отъ той степени, которой достигло въ данномъ случаѣ опьянѣніе, а равно отъ тѣхъ причинъ, которыми оно было вызвано.

Если опьянѣніе, происшедшее по неосторожности, было не полнымъ, то совершенное въ этомъ состояніи дѣйствіе будетъ составлять умышленное или неумышленное преступленіе, смотря по тому, желалъ ли дѣятель произвести зло, вытекшее изъ его дѣйствія, или онъ причинилъ зло лишь по недостатку предосторожности и предусмотрительности. Во всякомъ случаѣ преступное дѣяніе, на совершеніе котораго лицо рѣшилось и которое было имъ выполнено въ состояніи опьянѣнія, должно быть разсматриваемо какъ необдуманное, не предумышленное. Если-же опьянѣніе было полнымъ, то дѣятелю нельзя вмѣнить въ вину преступной рѣшимости (une résolution criminelle), ибо рѣшимость эта не существовала вовсе до того, какъ имъ овладѣло опьянѣніе, а затѣмъ она не могла возникнуть во время опьянѣнія, такъ какъ послѣднее совершенно лишило дѣятеля возможности пользоваться своими умственными и нравственными способностями, и потому онъ можетъ подлежать отвѣтственности только за нерадѣніе или неосторожность, болѣе или менѣе важную; неосторожность эта можетъ граничить съ умысломъ (culpa dolo proxima), какъ скоро дѣятель имѣлъ привычку къ пьянству и зналъ, что опьянѣніе обыкновенно развиваетъ въ немъ наклонность къ ссорѣ, буйству, мести и т. п., а тѣмъ болѣе если до того времени опьянѣніе уже имѣло своимъ послѣдствіемъ совершеніе имъ преступленія. Такимъ образомъ, если учиненное дѣяніе принадлежитъ къ разряду тѣхъ, которыя караются закономъ и при совершеніи ихъ по неосторожности, то дѣятель подлежитъ уголовной отвѣтственности; въ тѣхъ же случаяхъ, когда дѣяніе ненаказуемо, уголовная отвѣтственность исчезаетъ. Полное опьянѣніе, происшедшее случайно, безъ всякой вины со стороны дѣятеля, обусловливаетъ, подобно умопомѣшательству, совершенную невмѣняемость дѣятеля. Если

случайное опьянѣніе не было полнымъ, то возможность вмѣненія лицу совершеннаго имъ дѣйствія опредѣляется по тѣмъ же правиламѣ, какъ и при опьянѣніи неосторожномъ, съ тою лишь разницею что случайное опьянѣніе всегда сохраняетъ значеніе уменьшающаго вину обстоятельства. Наконецъ, возможно, что дѣятель намѣренно приводитъ себя въ состояніе опьянѣнія, съ цѣлію почерпнуть необходимую для выполненія преступленія энергію или желая заглушить въ себѣ угрызенія совѣсти, или же имѣя въ виду впослѣдствіи сослаться на опьянѣніе, какъ на извиняющее его обстоятельство. Въ этомъ случаѣ, совершенное дѣяніе будетъ преступленіемъ умышленнымъ, или и предумышленнымъ, смотря потому, была ли рѣшимость дѣятеля обдуманная или возникла по внезапному побужденію, причемъ дѣятель тотчасъ напился, чтобы привести свой планъ въ исполненіе. Такимъ образомъ, опьянѣніе является здѣсь не только не уменьшающимъ, но скорѣе увеличивающимъ вину обстоятельствомъ, хотя бы оно сопровождалось полною утратою разсудочной способности, ибо въ этомъ случаѣ виновный умышленно привелъ себя въ такое состояніе, съ знаніемъ того, что опьянѣніе неудержимо увлечетъ его къ преступленію, такъ какъ опьянѣніе казалось ему наиболѣе надежнымъ средствомъ для осуществленія своего преступнаго намѣренія. (О физическомъ и моральномъ принужденіи см. ниже).

Классификація формъ душевныхъ болѣзней по Крафтъ-Эбингу *).

А. Психическія заболѣванія развитаго мозга.

I. Психоневрозы.

1. Первичныя излѣчимыя состоянія.

а) Меланхолія (мрачное помѣшательство) т. е. состоянія съ преобладаніемъ угнетающихъ душевныхъ волненій (депрессивныхъ аффектовъ) и затрудненнымъ теченіемъ психическихъ движеній.

(*) Научный періодъ въ развитіи психіатріи начинается съ Феликсомъ Платеромъ (XVII в.), едѣлавшимъ первую попытку къ классификаціи психозовъ. Онъ собственно не установилъ настоящей системы, а только собралъ 23 эмпирическихъ вида, распредѣливъ ихъ въ 4 класса (для удобства памяти). Пинель построилъ свою классификацію преимущественно на тѣлесныхъ патологическихъ началахъ, безъ тонкаго разграниченія отдѣльныхъ формъ. Онъ

1) пассивная или всякая меланхолія (Melancholia passiva).	Легчайшая форма: нѣтъ глубокаго разстройства сознанія; задержка двигательныхъ актовъ обусловлена психическимъ путемъ.
2) меланхолія съ оцѣпенѣлостью или отупѣніемъ (Mel. attonita s. cum stupore.	Тяжелѣйшая форма: болѣе глубокое разстройство сознанія; задержка психическихъ актовъ обусловлена преимущественно органическимъ путемъ (тетанія, каталепсія).
б) Манія.	Состоянія, въ которыхъ преобладаютъ возбуждающія душевныя волненія (экспансивные аффекты) и теченіе психическихъ движеній облегчено, ускорено.

различаетъ: меланхолію, манію безъ бреда, манію съ бредомъ, слабоуміе, идіотизмъ. Ученикъ Пинеля Эскироль, несмотря на громадный запасъ опытности и необыкновенное богатство вѣрныхъ и тонко изученныхъ наблюденій, не создалъ изъ нихъ законченной системы; его классификація есть ничто иное, какъ группировка психозовъ по разрядамъ, т. е. сліяніе нѣсколькихъ схожихъ случаевъ въ законченное цѣлое, преимущественно для практическихъ цѣлей. Классификація Гризингера представляется нѣсколько видоизмѣненною классификацією Эскироля. Въ основаніи ея лежитъ симптоматологическій принципъ, т. е. раздѣленіе психозовъ покоится на различіяхъ совокупностей симптомовъ, наблюдаемыхъ въ отдѣльныхъ формахъ сумасшествія. «Мы вынуждены, говоритъ Гризингеръ, вмѣсто анатомическаго основанія, принять исключительно физіологическое, а такъ какъ при душевныхъ страданіяхъ главныя разстройства замѣчаются въ представленіи и волѣ, то слѣдовательно основаніе дѣленія будетъ преимущественно психологическое». Различныя формы сумасшествія можно, по мнѣнію Гризингера, разбить на двѣ большія группы психически ненормальныхъ состояній. Въ случаяхъ одного рода у субъекта болѣзненно возникаютъ, крѣпнутъ и преобладаютъ душевныя волненія (аффекты), подъ вліяніемъ которыхъ вся психическая жизнь измѣняется соотвѣтственно характеру этихъ аффектовъ; въ другихъ случаяхъ сумасшествіе состоитъ въ разстройствѣ представленія и воли, которое происходитъ не отъ преобладанія душевнаго аффекта, но составляетъ самостоятельное, успокоившееся уже ложное мышленіе (большею частію съ преобладающимъ характеромъ слабости). Состоянія, принадлежащія къ первой группѣ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ предшествуютъ состояніямъ второй группы. Эти послѣднія обыкновенно составляютъ слѣдствія и исходъ первыхъ въ томъ случаѣ если болѣзнь мозга не была излѣчена. Первая группа заключаетъ состоянія психическаго угнетенія: а) гипохондрія и б) меланхолія, представляющая слѣдующія разновидности по отношенію къ двигательной сторонѣ душевной жизни: melancholia съ тупоуміемъ, погруженіемъ въ самого себя, подходящая по внѣшнимъ симптомамъ къ слабоумію; melancholia съ разрушительными стремленіями, которыя могутъ быть обращены или противъ собственной личности (мономанія самоубійства) или противъ другихъ лицъ или безжизненныхъ предметовъ (влеченіе къ убійству, разрушенію, поджогу); melancholia съ постояннымъ неопредѣленнымъ возбужденіемъ воли,—форма, составляющая переходъ къ маніи. Самыя чистыя и рѣзкія формы этой группы являются въ видѣ состояній по-

1) маніакальное возбужденіе (Exaltatio maniaca).	Болѣе легкая форма; отсутствіе глубокаго разстройства сознанія, двигательные акты вызываются психическимъ путемъ.
2) неистовство (Mania furibunda).	Болѣе тяжелая форма; глубокое разстройство сознанія; двигательные акты— инстиктивное стремленіе къ движенію— вызываются преимущественно органическимъ путемъ, внутренними процессами раздраженія въ психомоторныхъ центрахъ.

давленія самоощущенія и довѣрія къ самому себѣ, въ болѣзненномъ погруженіи въ самаго себя, а въ высшихъ степеняхъ даже въ неспособности ко всякому внѣшнему выраженію, требующему усилія; въ другихъ формахъ, принадлежащихся по типу къ маніи, настроеніе сопровождается болѣзненнымъ побужденіемъ выразить аффектъ дѣйствіемъ, разрядить его путемъ двигательнаго рефлекса и такимъ образомъ освободиться отъ него. Наконецъ манія являющаяся или первичнымъ страданіемъ или же развивающимся изъ меланхоліи, характеризуется безпрерывною мышечною дѣятельностью больнаго, котораго побуждаетъ къ постоянному движенію необходимость немедленно выразить въ дѣйствія содержаніе психическихъ процессовъ. Манія распадается, по Гризингеру, на два различныя состоянія,—тѣсно соединенныя между собою и нерѣдко переходящія другъ въ друга, а еще чаще перемѣшанныя между собою формы: бѣшенство, неистовство (Tobsucht) и безуміе или горделивое помѣшательство (Wahnsinn). Послѣднее, кромѣ наклонности къ неустанной мышечной дѣятельности, характеризуется еще тѣмъ, что здѣсь ощущенія болѣе легкаго возникновенія представленій и повышенной энергіи психической дѣятельности приводятъ больнаго къ попыткѣ объяснить себѣ эти ощущенія, откуда беретъ начало возвышенная переоцѣнка собственнаго достоинства и связанныя съ преувеличеніемъ своихъ способностей безумныя постоянныя идеи. Иногда бѣшенство сопровождается усиленнымъ половымъ возбужденіемъ у женщинъ (Nymphomania). Сюда же Гризингеръ относитъ delirium tremens пьяницъ. Что касается mania sine delirio, установленной Пинелемъ «къ несчастію для науки» и подходящей, по своимъ симптомамъ, скорѣе къ Folie raisonnante, чѣмъ къ бѣшенству, то Гризингеръ рекомендуетъ «совершенно выбросить это неопредѣленное названіе, вызывающее только пустое любопытство юристовъ и иныхъ профановъ».

Вторую группу душевныхъ разстройствъ образуютъ состоянія психическаго разслабленія, являющіяся какъ бы остатками вышеуказанныхъ формъ первичнаго помѣшательства, если эти послѣднія не были вылѣчены; основная аномалія состоитъ здѣсь въ разстройствѣ умственной способности, при отступившихъ на задній планъ или совершенно исчезнувшихъ аффектахъ; вялость представленія и недостатокъ нормальнаго образованія идей можетъ доходить до совершеннаго распаденія духовной жизни, къ чему присоединяется слабость двигательной стороны духовной жизни, тупая остановка психическаго тона, вслѣдствіе недостатка реакціи или смѣны только поверхно-

в) Первичное излѣчимое слабоуміе (Dementia primaria curabilis или stupiditas—отупѣлость.	Состояніе временной пріостановки психическаго движенія, соединенное съ недостаткомъ, т. е. безразличіемъ душевнаго настроенія.

2. Вторичныя неизлѣчимыя состоянія.

а) Вторичное сумашествіе (Secundäre	Характеризуется потуханіемъ аффектовъ, распаденіемъ прежняго „я", порывается

стныхъ реакцій. Къ этой группѣ Гризингеръ относитъ: а) помѣшательство: частное (Partielle Verrücktheit, развивающееся изъ меланхоліи и маніи, гдѣ весь бредъ больнаго сосредоточивается на немногихъ фиксировавшихся безумныхъ представленіяхъ) и общее Allgemeine Verrücktheit, démence, состоящее въ общей слабости психической дѣятельности, съ неправильной смѣною совершенно поверхностныхъ душевныхъ движеній или полнаго равнодушія), б) апатическое слабоуміе (démence apatique, Blödsinn, характеризующееся почти совершеннымъ отсутствіемъ образовъ и мыслей, угасаніемъ памяти, утратою рѣчи и пассивнымъ повиновеніемъ чуждымъ импульсамъ), в) идіотизмъ и кретинизмъ (состоянія умственной слабости, обусловливаемыя остановкою въ развитіи мозга отъ рожденія или съ ранней юности). Наконецъ къ осложненіямъ помѣшательства Гризингеръ относитъ: а) общій параличъ помѣшанныхъ и б) эпилепсію или падучую болѣзнь. Эта классификація по своей наглядности и цѣлесообразности нашла себѣ большое распространеніе. Но послѣ клиническихъ успѣховъ, сдѣланныхъ въ послѣднее время (учебникъ Гризингера Pathologie und Therapie der psychischen Krankheiten вышелъ первымъ изданіемъ въ 1845 г.), она оказывается не совсѣмъ удовлетворительною. Наконецъ, въ классификаціи Мореля проведенъ принципъ, подорвавшій всѣ прежнія психологическія и соматическія системы и открывшій собою новую эпоху въ наукѣ. Ставъ на этіологическую точку зрѣнія, т. е. исходя изъ предположенія, что помѣшательство, возникающее вслѣдствіе опредѣленныхъ причинъ, должно представлять и опредѣленныя особенности въ деталяхъ припадковъ и въ своемъ теченіи, позволяющія съ увѣренностью заключать о причинномъ моментѣ болѣзни,—Морель построилъ систему, представляющую слѣдующія подраздѣленія: 1. folies héréditaires, 2. folies par intoxication (алкогольный, наркотическіе и металлическіе яды, дурное питаніе, геологическое вліяніе, кретинизмъ); 3. folies par transformation (истерика, эпилепсія, гипохондрія)· 4. folies sympathiques (сумасшествіе при другихъ соматическихъ болѣзняхъ, кромѣ мозга), 5. folies idiopathiques (сумасшествіе, не обусловливаемое другими соматическими болѣзнями) и 6. démence, formes terminatives. Морелю однако удалось окончательно установить на этіологическомъ принципѣ только одну группу психозовъ—наслѣдственное сумасшествіе; для остальныхъ же классовъ своей системы самъ Морель нашелъ невозможнымъ ограничиться одною только этіологическою точкою зрѣнія, такъ какъ за рѣдкими исключеніями помѣшательство является обыкновенно результатомъ совмѣстнаго влія-

Verrücktheit нѣмецкихъ авторовъ). связь между чувствованіями, представленіями и стремленіями, вообще разстроивается координація психическихъ актовъ. Къ этому прибавляется утрата нравственныхъ и эстетическихъ чувствованій, упадокъ логическихъ отправленій, но психическій механизмъ еще поддерживается, хотя и въ слабой связи, отдѣльными группами идей

нія множества причинъ, которыхъ отдѣльная оцѣнка затруднительна, способъ дѣйствія очень часто неясенъ, клиническое выраженіе—разнообразно и, въ добавокъ, затемняется еще перекрестнымъ вліяніемъ однѣхъ причинъ на другія. Въ послѣднее время Шюле въ своей монографіи «Psychische Krankheiten», помѣщенной въ т. XVI руководства къ частной патологіи и терапіи, изд. подъ редакціей Цимсена въ 1880 г. и Крафтъ-Эбингъ (Учебникъ психіатріи. изд. 1882 г.) предложили двѣ новыя классификаціи (въ существѣ вполнѣ между собою сходныя), построивъ ихъ на анатомо-физіологическомъ принципѣ. Отказываясь отъ строгаго проведенія этіологической классификаціи душевныхъ разстройствъ, названные психіатры приписываютъ однако первенствующую важность этіологическому фактору для разграниченія главныхъ группъ душевныхъ разстройствъ, поскольку при этомъ изъ патогенеза, теченія и симптомовъ можно дѣлать обратное заключеніе о конституціональной основѣ этихъ группъ. Сообразно этому, въ обѣихъ упомянутыхъ классификаціяхъ душевныя разстройства разбиваются на двѣ главныя группы: 1) психоневрозы, т. е. разстройства, развивающіяся на почвѣ мозга крѣпкаго, правильно образованнаго отъ рожденія и нормально функціонирующаго, и 2) психическія вырожденія, т. е. разстройства на почвѣ недужнаго (инвалиднаго) мозга, который вообще функціонируетъ неправильно, отмѣченъ тяжкою наслѣдственностью или при своемъ развитіи находился подъ особенно неблагопріятными вліяніями. Разница между этими 2-мя группами весьма существенна: тогда какъ психоневрозы представляютъ однократное, большею частью типическое теченіе, въ психическихъ вырожденіяхъ замѣчаются періодическіе возвраты или чередующіяся смѣны явленій. При мощномъ мозгѣ развитіе и теченіе болѣзни всюду идутъ параллельно съ основнымъ органическимъ страданіемъ мозга, въ психическихъ вырожденіяхъ—психозъ начинается и прекращается внезапно, а теченіе его постоянно нарушается непредвидѣнными соматическими вліяніями; тамъ существуетъ наклонность къ выздоровленію, здѣсь же остается невропатическая конституція. Та же разница обнаруживается и въ характерѣ отдѣльныхъ симптомовъ: при мощномъ мозгѣ безумныя представленія суть попытки къ логическому объясненію, здѣсь-же мы имѣемъ дѣло съ фантастическими, ни на чемъ не основанными причудами; тамъ дѣйствія совершаются по извѣстнымъ законамъ, на основаніи твердыхъ (хотя и нелѣпыхъ) посылокъ, здѣсь-же они отличаются импульсивнымъ, инстинктивнымъ характеромъ.

бреда, онъ продолжаетъ работать, хотя и въ болѣзненномъ направленіи.

б) Вторичное или послѣдовательное слабоумiе (Dementia secundaria s. consecutiva, terminaler Blödsinn). Виды его:

Общее ослабленіе и распадъ психическихъ функцій.

1) безпокойное слабоумiе (Dementia inquies s. agitata).

Въ окончательно разстроенномъ психическомъ механизмѣ замѣчаются внутренніе процессы возбужденія.

2) апатическое слабоумiе (Dementia apathica).

Царитъ полный покой, отсутствуетъ всякая реакція.

II. Психическія вырожденія.

а) Резонирующее и конституціонально-аффективное помѣшательство (Folie raisonnante французскихъ авторовъ.

Характеризуется чисто формальнымъ и стойкимъ характеромъ психическихъ болѣзненныхъ припадковъ, въ сущности представляющихъ разстройство сферы чувства.

б) Нравственное помѣшательство (Moral insanity англійскихъ авторовъ).

Главный признакъ—недостатокъ этическихъ чувствованій и основанныхъ на нихъ представленій.

в) Первичное сумашествіе (Primäre Verrücktheit нѣмецкихъ авторовъ):

Характеризуется первичнымъ возникновеніемъ идей бреда, безъ аффективнаго основанія ихъ, т. е. безъ окраски соотвѣтственнымъ чувствованіемъ.

1) Первичное сумашествіе съ преобладаніемъ идей бреда и именно:

первичныхъ идей бреда о воспрепятствованіи личныхъ интересовъ (бредъ преслѣдованія),

первичныхъ идей

бреда гордѣливаго свойства (бредъ величія)—эротическое сумашествіе и религіозное сумашествіе.

2) Первичное сумашествіе съ преобладаніемъ навязчивыхъ идей (насильственныхъ представленій, Zwangsvorstellungen нѣмецкихъ авторовъ).

г) Помѣшательство, образующееся изъ общихъ неврозовъ:

1) эпилептическое.

2) истерическое.

3) ипохондрическое.

4) періодическое помѣшательство. Періодическое возвращеніе приступовъ, всегда сходныхъ между собою по содержанію и теченію.

III. Органическія болѣзни мозга съ преобладаніемъ психическихъ разстройствъ.

a) Паралитическое слабоуміе, Dementia paralytica.

b) Сифилисъ головнаго мозга, Lues cerebralis.

c) Хроническій алкоголизмъ, Alcoholismus chronicus.

d) Старческое слабоумie, Dementia senilis.

e) Острый бредъ, Delirium acutum.

В) Состоянія психическаго недоразвитія:

Идіотизмъ и Кретинизмъ.

Характеристика отдѣльныхъ формъ душевныхъ болѣзней.

Крафтъ-Эбингъ, Учебникъ психіатріи, пер. Черемшанскаго, изд. 1882 г. Его же: Neuere Forschungen und Erfahrungen auf dem Gebiet der gerichtlichen Psychopatologie seit 1870, помѣщено въ Handbuch Holtzendorff'a, vierter (Supplement-) Band.

Психоневрозы.

Меланхолія. Главныя явленія въ меланхолическомъ помѣша-

тельствѣ: болѣзненное душевное нерасположеніе (мрачное настроеніе духа), внѣшними поводами вовсе необъясняемое или объясняемое недостаточно, и во вторыхъ—общее замедленіе психическихъ движеній, доходящее до полной пріостановки ихъ. Содержаніе сознанія у меланхолика наполнено болью, тоскою; это болѣзненное нерасположеніе не отличается отъ мотивированнаго мрачнаго настроенія здороваго человѣка, который находится въ угнетающемъ аффектѣ. Но солидарность всѣхъ психическихъ процессовъ дѣлаетъ мрачное настроеніе меланхолика всепоглощающимъ; до тѣхъ поръ, пока существуетъ болѣзненное разстройство, составляющее причину этого настроенія, въ психическомъ органѣ могутъ возникать только процессы, сопровождаемые душевной болью. Рядомъ съ этимъ существеннымъ разстройствомъ въ сферѣ чувства встрѣчается и формальное. Оно выражается тѣмъ, что какъ представленія, такъ и чувственныя воспріятія сопровождаются крайне живыми чувствованіями страданія, доходящими даже до аффектовъ.

Разстройства въ сферѣ процесса представленія бываютъ также отчасти формальныя, отчасти существенныя. Первыя состоятъ въ замедленіи теченія идей и затрудненномъ сочетаніи ихъ. Медленность хода идей служитъ лишь частнымъ выраженіемъ общаго затрудненія психическихъ операцій и представляетъ важный источникъ душевной боли. Является скука, душевная пустота, уменьшенная способность къ умственной работѣ. Временная полная остановка хода идей вызываетъ аффекты отчаянія. Разстройство сочетанія идей обусловливается тѣмъ, что въ сознаніи могутъ возникать только представленія, соотвѣтствующія мрачному настроенію духа, и по тому вся сумма воспроизводимыхъ представленій ограничивается идеями мрачнаго свойства. Формальныя разстройства процесса представленія (*) встрѣчаются у всѣхъ меланхоликовъ. Иногда толь-

(*) Разстройства формальной стороны процесса представленія (въ отличіе отъ болѣзненныхъ измѣненій содержанія представленій—идеи бреда) обнимаютъ собою: 1) разстройства скорости теченія представленій — измѣненія *темпа* или средней (нормальной) быстроты смѣны идей; 2) разстройства сочетанія представленій. У помѣшанныхъ представленія сочетаются иногда преимущественно по внѣшнему созвучію, по сходству словъ «ловля словъ» (Silbenstecherei)—маніаковъ, тогда какъ при физіологическихъ условіяхъ они взаимно вызываютъ другъ друга по ихъ существенному содержанію. Другой болѣзненный способъ сочетанія представляютъ тѣ случаи, гдѣ представленія больнаго постоянно и непреодолимо связываются съ вопросомъ «почему»?,

ко они одни и существуютъ при этой болѣзни (Melancholia sine delirio) но часто дѣло доходитъ и до существенныхъ разстройствъ въ сферѣ представленія, до идей бреда. Въ большинствѣ случаевъ идеи бреда происходятъ здѣсь психологическимъ путемъ, какъ попытка объясненія болѣзненныхъ состояній сознанія. Особенно важными источниками идей бреда служатъ: предсердечная тоска и вообще—тоскливые аффекты ожиданія. Они ведутъ къ бреду о неминуемой дѣйствительной опасности, которая представляется больному въ видѣ воображаемыхъ преслѣдованій или грозящей ему близкой смерти, или раззоренія и т. п. При этомъ больной, вслѣдствіе своего глубокопониженнаго самочувствія, приходитъ къ нелѣпому представленію, что онъ великій грѣшникъ, преступникъ, вполнѣ заслуживающій подобной кары. Обманы чувствъ даютъ также обильный источникъ для идей меланхолическаго бреда. Какъ представленія при меланхоліи имѣютъ врожденный тягостный характеръ, такъ и содержаніе галлюцинацій при ней бываетъ ужасающимъ, мучительнымъ. Больной слышитъ голоса, угрожающіе ему несчастьемъ, смертью, тюрьмою, осужденіемъ. Все окружающее представляется ему враждебнымъ; невинныя слова и звуки превращаются передъ нимъ въ угрозы, оскорбленія, насмѣшку, злобный хохотъ и т. д. Такими-же ужасающими бываютъ и зрительныя галлюцинаціи больныхъ. Меланхоликъ видитъ себя окруженнымъ привидѣніями, бѣсами, видитъ

причемъ, вопросы, преслѣдующіе помѣшаннаго, совершенно безплодны, направлены на религіозные и метафизическіе предметы (Grübelsucht, копанье въ мелочахъ, безплодное мудрствованіе); 3) разстройства въ количествѣ представленій, причемъ извѣстныя представленія т. наз. навязчивыя или насильственныя идеи удерживаются въ сознаніи съ необыкновенною напряженностью и слишкомъ долго. Душевно-больные жалуются, что не могутъ освободиться отъ нѣкоторыхъ мучительныхъ и тягостныхъ мыслей, хотя сами сознаютъ нелѣпый или отвратительный характеръ послѣднихъ, сознаютъ что эти мысли постоянно вмѣшиваются въ сознательное, логическое сочетаніе представленій, прерываютъ правильное теченіе идей иногда даже соединяются съ стремленіемъ къ соотвѣтственнымъ поступкамъ; 4) разстройства связи представленій съ чувственными впечатлѣніями (разстройства апперцепціи). Чтобы чувственное впечатлѣніе сдѣлалось сознаваемымъ, для этого необходимо особенное состояніе напряженіе въ психическомъ органѣ, называемое вниманіемъ. Такое воспріятіе впечатлѣній можетъ сдѣлаться невозможнымъ въ патологическихъ случаяхъ; 5) разстройства воспроизведенія представленій (разстройства памяти) и 6) разстройства воображенія (полная утрата фантазіи или карикатурный, уродливый характеръ фантастическихъ образовъ).

ожидающаго его палача и пр. Основной характеръ меланхоліи—отсутствіе предпріимчивости, пассивность больнаго. Однако по временамъ возможны очень бурныя насильственныя дѣйствія со стороны больныхъ, доходящія до изступленія. Въ такихъ случаяхъ нерѣдки покушенія на собственную жизнь или на жизнь постороннихъ лицъ.

Пассивная или вялая меланхолія Melancholia passiva. Больной, не смотря на то, что его сознаніе служитъ ареною самыхъ мучительныхъ волненій, представленій и обмановъ чувствъ—не въ силахъ облегчить себя какимъ-нибудь дѣйствіемъ—движенія его рѣдки, медленны и совершаются лишь вслѣдствіе особенно сильныхъ и часто повторяющихся раздраженій. Впослѣдствіи замѣчаются одни только намѣренія къ движеніямъ, уже вовсе не выполняемыя, а наконецъ дѣлается невозможнымъ никакое мимическое, рѣчевое и жестикулярное движеніе. Но среди такой пассивности наступаютъ періоды, въ которые больной находится постоянно въ возбужденіи; его душевная боль выражается ясными признаками сильнѣйшаго душевнаго волненія: воплями, ломаньемъ рукъ, разрушительными дѣйствіями и пр. Высшую степень развитія подобнаго состоянія представляетъ такъ называемый меланхолическій порывъ, raptus melancholicus. Въ судебно-медицинскомъ отношеніи особенно важно то обстоятельство, что raptus melancholicus, какъ одиночный пароксизмъ, со всѣми своими клиническими признаками, можетъ встрѣчаться у людей, вовсе не страдающихъ меланхоліей. Это наблюдается или у индивидуумовъ невропатическихъ, которые вообще реагируютъ неправильнымъ образомъ на всякое сильное душевное движеніе, или у людей, которые страдаютъ какимъ-нибудь ясно выраженнымъ неврозомъ. Всего болѣе заслуживаютъ вниманія, въ этомъ отношеніи, такіе неврозы, какъ истерика, ипохондрія, эпилепсія. Случайными причинами порыва при подобномъ болѣзненномъ расположеніи могутъ быть мимолетныя душевныя волненія и разстройства тѣлеснаго здоровья. Изъ мозговыхъ болѣзней сильно предрасполагаетъ къ приступамъ порыва хроническій алкоголизмъ; у такихъ субъектовъ случайными причинами порыва могутъ являться алкогольныя излишества и аффекты. Меланхолическій порывъ представляетъ въ сущности усиленіе предсердечной тоски и характеризуется помраченіемъ сознанія до полной потери его, и въ тоже время чувствованіе невыразимой тоски вызываетъ двига-

тельныя реакціи, проявляющіяся бурнымъ, такъ сказать конвульсивнымъ образомъ.

Меланхолія съ оцѣпенѣлостью или отупѣніемъ (Melancholia attonita s. stupida s. cum stupore). Больные совершенно погружаются въ самихъ себя, повидимому вовсе невоспріимчивы къ внѣшнимъ впечатлѣніямъ и лишены всякой произвольности дѣйствій. Они, какъ статуи, остаются постоянно на одномъ и томъ-же мѣстѣ съ тоскливо-изумленнымъ или похожимъ на маску, какъ-бы застывшимъ, выраженіемъ лица. Но сознаніе больныхъ, не смотря на это, далеко не представляетъ tabulam rasam: передъ ними проходятъ ужасающія галлюцинаціи, страшныя картины мукъ, казней, погибели міра и т. п. Здѣсь, также какъ и въ предъидущей формѣ, среди глубочайшей подавленности двигательныхъ отправленій, могутъ всетаки появляться порывистыя дѣйствія, направленныя къ самоистязанію или нанесенію поврежденій окружающимъ лицамъ.

Манія. Маніакальное помѣшательство представляетъ картину болѣзни, противоположную меланхоліи. Основными явленіями здѣсь будутъ: измѣненіе самоощущенія въ смыслѣ преобладанія веселаго настроенія духа и ненормально облегченное теченіе психическихъ актовъ, доходящее до полной безпорядочности проявленій психомоторной стороны душевной жизни. Болѣе легкую степень маніи представляетъ маніакальное возбужденіе (Exaltatio maniaca). Содержаніе сознанія у такихъ больныхъ—удовольствіе и психическое благополучіе, нисколько не мотивированное процессами внѣшняго міра. Больные, такъ сказать утопаютъ въ пріятныхъ чувствованіяхъ; радостное настроеніе наростаетъ вслѣдствіе измѣненнаго воспріятія внѣшнихъ впечатлѣній, вслѣдствіе внутренняго ощущенія облегченнаго хода процессовъ представленія и стремленій, вслѣдствіе яркой окраски представленій чувствованіями удовольствія и вслѣдствіе пріятныхъ общихъ чувствованій, въ особенности въ сферѣ мышечныхъ ощущеній. Ко всему этому веселое настроеніе, душевное приволье больнаго временами усиливается до степени возбуждающихъ (экспансивныхъ) аффектовъ, двигательными проявленіями которыхъ служатъ: пѣніе, пляска, прыганье и различныя вызывающія выходки. Общимъ результатомъ измѣненныхъ процессовъ воспріятія больнымъ

впечатлѣній внѣшняго міра и собственной личности служитъ повышенное самочувствіе, но до существенныхъ разстройствъ процесса представленія дѣло еще не доходитъ; больной сравниваетъ напр. себя съ какой-нибудь знаменитой личностью, но не отождествляетъ, онъ способенъ критически относиться къ своему собственному состоянію; не смотря на болѣзненное усиленіе воли и чрезмѣрное стремленіе къ дѣятельности, всѣ двигательные акты больнаго, въ отличіе отъ неистовства, психически обусловлены и направляются сферою сознанія. Поступки такихъ больныхъ соотвѣтствуютъ поступкамъ здоровыхъ людей, они поражаютъ только своей поспѣшностью, необдуманностью; поступки эти неумѣстны, наивны, даже безнравственны, но они все-таки не безумны въ прямомъ значеніи этого слова.

Высшую степень развитія маніакальнаго помѣшательства представляетъ *неистовство* (Tobsucht). Ускореніе психическихъ процессовъ доходитъ до полной необузданности; „я“ больнаго теряетъ всѣ директивы (т. е. всѣ тѣ направляющія и сдерживающія представленія, которыя служатъ обычными твердыми точками опоры для проявленій здоровой душевной дѣятельности человѣка) и не въ состояніи болѣе вмѣшиваться въ теченіе психическихъ актовъ. Всѣ впечатлѣнія, полученныя сознаніемъ, оттѣняются и сопровождаются сильными душевными волненіями. Здѣсь, какъ и при маніакальномъ возбужденіи, преобладаютъ аффекты удовольствія, однако этимъ не исключаются и душевныя волненія противоположнаго свойства, въ особенности гнѣвные аффекты. Ускореніе хода процесса представленія производитъ вихрь идей, ни одно представленіе не можетъ прочно удерживаться въ сознаніи, утрачивается логическая связь и грамматическая форма рѣчи. Постоянно встрѣчаются идеи бреда, содержаніе ихъ чрезвычайно разнообразно, но по преимуществу веселое (бредъ величія). Часто содержаніе это, и именно—у женщинъ, получаетъ половую или эквивалентную ей—религіозную окраску.

Скоропреходящее неистовство (Mania transitoria) въ сущности вовсе не стоитъ въ тѣсной связи съ собственно такъ называемой маніей. Связь эта обусловливается лишь существованіемъ и при mania transitoria чрезмѣрнаго ускоренія психическихъ актовъ, переходящаго въ совершенный вихрь идей. Это состояніе, по

своимъ характернымъ признакамъ—глубокому помраченію сознанія, внезапности появленія и исчезновенія болѣзненныхъ припадковъ, чрезвычайно острому теченію и необычайному изобилію обмановъ чувствъ, большею частью устрашающаго свойства, стоитъ гораздо ближе къ бреду и именно къ эпилептическому, чѣмъ къ маніи.

Дѣйствительно, въ большинствѣ случаевъ можно открыть указанія на существованіе эпилепсіи, хотя несомнѣнно встрѣчаются и такіе случаи, гдѣ въ прошломъ больныхъ нѣтъ даже и намековъ на страданіе эпилепсіей. Mania transitoria является въ видѣ приступа, длящагося только нѣсколько часовъ; у человѣка, до тѣхъ поръ и послѣ того психически здороваго, она обнаруживается и исчезаетъ совершенно внезапно и все время своего существованія сопутствуется глубокимъ помраченіемъ сознанія. Приступъ представляется въ видѣ бѣшено-гнѣвнаго возбужденія съ вихремъ идей и многочисленными нелѣпыми представленіями и обманами чувствъ; заканчивается онъ какъ-бы критическимъ, глубокимъ сномъ, изъ котораго больной пробуждается съ яснымъ сознаніемъ, но безъ малѣйшаго воспоминанія о событіяхъ болѣзненнаго приступа.

Первичное излѣчимое слабоуміе (Dementia primaria curabilis). Психологическими признаками этого психоневроза служатъ разстройства въ теченіи психическихъ движеній, доходящія до полной остановки послѣднихъ съ существующимъ въ то же время безразличіемъ настроенія (равнодушіемъ). Больной становится со дня на день все болѣе и болѣе мѣшкотнымъ и неповоротливымъ въ своемъ мышленіи и дѣйствіяхъ, остается, какъ будто задумавшись или мечтая о чемъ-то, по цѣлымъ часамъ на одномъ и томъ-же мѣстѣ, иногда засыпаетъ во время работы. По истеченіи нѣсколькихъ недѣль онъ совершенно впадаетъ въ состояніе слабоумія съ оцѣпененіемъ, причемъ едва-ли уже сознаетъ самаго себя и происходящее передъ нимъ, теряетъ всякую произвольность дѣйствій и ведетъ только растительную жизнь. Среди отупѣлаго состоянія и полнаго отсутствія психической реакціи, по временамъ появляются на нѣсколько дней слабые признаки умственнаго пробужденія, большей подвижности и воспріимчивости и замѣчаются попытки говорить. Рѣдкимъ, случайнымъ явленіемъ бываютъ временныя состоянія возбужденія: тогда больной поетъ,

произноситъ безсмысленныя фразы, безцѣльно двигается, совершаетъ импульсивныя дѣйствія *), разрываетъ на себѣ платье, иногда даже нападаетъ на окружающихъ лицъ.

Вторичныя неизлѣчимыя состоянія представляютъ исходъ всѣхъ первичныхъ психоневрозовъ, если они не оканчиваются выздоровленіемъ. Здѣсь мы видимъ постепенный процессъ разложенія психическаго существованія, процессъ духовной гибели человѣка, распаденіе личности, до тѣхъ поръ представлявшей нѣчто единое, цѣльное, какъ въ своемъ историческомъ развитіи, такъ и въ отношеніи своего содержанія. Сюда относятся:

а) *Вторичное сумашествіе или вторичное безсмысліе* (Secundäre Verrücktheit нѣмецкихъ авторовъ). Подъ это понятіе можно подвести всѣ тѣ психическія состоянія, въ которыхъ нелѣпыя идеи, образовавшіяся еще въ первичномъ, аффективномъ періодѣ помѣшательства, продолжаютъ существовать и послѣ потуханія душевныхъ волненій, содѣйствовавшихъ первоначальному появленію ихъ. Существуя, какъ постоянныя заблужденія разума, какъ стойкія, болѣзненныя совокупности представленій, идеи эти обусловливаютъ и поддерживаютъ собою образованіе совершенно новой личности субъекта съ совершенно иными отношеніями ея къ внѣшнему міру, чѣмъ тѣ, которыя замѣчались въ прежнемъ, здоровомъ „я“ этого субъекта. Кромѣ того, здѣсь замѣчается недостатокъ стремленій къ дѣйствію въ смыслѣ присутствующихъ въ сознаніи нелѣпыхъ идей, которыя представляютъ такимъ

---

*) Въ психопатологической области мы встрѣчаемъ иногда поступки, мотивами которыхъ бываютъ представленія смутно сознаваемыя. Въ такихъ случаяхъ представленіе, влекущее къ поступку, еще прежде, чѣмъ оно успѣло вырисоваться вполнѣ ясно надъ рубежомъ сознанія, превращается уже въ дѣйствіе, или же вообще такое представленіе никогда не достигаетъ полной отчетливости въ сознаніи. Дѣйствіе представляется какимъ-то органическимъ насиліемъ, вытекающимъ изъ безсознательнаго мышленія, похожимъ на судорогу въ области психомоторной. Подобные поступки ближе всего напоминаютъ дѣйствія, совершаемыя въ состояніи аффекта, но отъ этихъ послѣднихъ они существенно отличаются тѣмъ, что по времени своего совершенія не совпадаютъ ни съ какимъ яснымъ аффектомъ, хотя часто и не бываютъ совершенно лишены нѣкоторой аффективной подкладки. Наиболѣе важными между насильственными актами являются: извращенные половые акты, самоубійство, убійство, поджогъ и изнасилованіе.

образомъ неподвижную, инертную массу. Цѣлостное „я“ субъекта распадается на столько новыхъ болѣзненныхъ „я,“ сколько группъ нелѣпыхъ идей удержалось въ сознаніи. У больнаго нѣтъ никакого стремленія привести хотя въ поверхностную взаимную связь эти нелѣпыя идеи, содержаніе которыхъ совершенно противорѣчиво и не согласуется ни съ какими законами времени, мѣста, логики и опыта. Особенно бросается въ глаза у этой категоріи больныхъ, въ нравственномъ отношеніи, ихъ равнодушіе, мертвенность, отупѣлость ихъ чувства. Всѣ существовавшія въ прошломъ привязанности дѣлаются совершенно чуждыми, съ полнымъ безучастіемъ они относятся ко всему окружающему. Только то, что прямо затрогиваетъ суть нелѣпыхъ идей больнаго, можетъ еще, и то въ началѣ этого вторичнаго состоянія, вызывать аффекты, но со временемъ потухаетъ возбудимость и болѣзненнаго круга представленій, и поблекшій, неясный по своему содержанію и все болѣе и болѣе распадающійся бредъ высказывается уже безъ всякаго волненія.

б) *Вторичное или окончательное слабоуміе* (Dementia secundaria consecutiva). Для опредѣленія степени слабоумія критеріемъ должна служить оцѣнка различныхъ отправленій умственной жизни, а именно: способъ и размѣры нравственныхъ и эстетическихъ чувствованій, степень ясности логическихъ понятій и сужденій, большая или меньшая утрата волевой энергіи, быстрота или медленность воспріятія впечатлѣній, сочетанія идей и проявленія дѣйствій, наконецъ—степень сохраненія памяти съ обращеніемъ вниманія на различныя качества этой способности. Легкія степени слабоумія, остающіяся иногда послѣ тяжелыхъ меланхолій и маній, часто ускользаютъ отъ наблюденія. Если напр. субъектъ, считающійся выздоровѣвшимъ, измѣнился къ худшему въ нравственномъ отношеніи, если онъ относится равнодушно ко многому, чѣмъ очень дорожилъ прежде, если его чувство притупѣло, нравственные принципы стали болѣе шаткими и онъ сдѣлался легче доступнымъ для искушеній всякаго рода; если къ этому присоединяются еще ослабленіе памяти, несвойственная прежде человѣку медлительность въ работѣ, вообще неохота къ труду, измѣненіе характера въ смыслѣ болѣзненно повышенной возбудимости чувства, то существованіе психической слабости дѣлается уже болѣе очевиднымъ и пред-

ставляетъ обстоятельство немаловажное въ судебно медицинскомъ отношеніи, потому что такіе субъекты, страдающіе начальной степенью слабоумія, не способны руководиться въ своихъ дѣйствіяхъ ясно сознаваемыми нравственными поводами, необдуманнѣе рѣшаются на поступки и легче поддаются душевнымъ волненіямъ.

Что касается окончательныхъ степеней вторичнаго слабоумія, то здѣсь можно различить 2 типа этого состоянія.

1) *Безпокойное слабоуміе* (Allgemeine Verwirrtheit, démence, dementia inquies s. agitata). Здѣсь существуетъ еще извѣстное возбужденіе въ психической области; еще замѣчаются извѣстныя представленія и стремленія, но уже въ совершенно распавшемся психическомъ механизмѣ. Не смотря на постоянную суетливую и шумную дѣятельность, въ которой находится безпокойный слабоумный, въ его дѣйствіяхъ нельзя подмѣтить ни малѣйшей сознательности; его безсвязность лишена всякой почвы и не обнаруживаетъ никакой ассоціаціи представленій.

2) *Апатическое слабоуміе* (Dementia apathica). Въ психической сферѣ царитъ полное спокойствіе, но это—спокойствіе могилы. Процессъ воспріятія понижается до степени простаго ощущенія, чувствительность и рефлекторная возбудимость сводятся на минимумъ. Больные не способны уже воспринимать ни ощущенія голода, ни какой-либо иной угрожающей имъ опасности; ихъ нужно кормить, одѣвать, иначе они погибнутъ.

Психическія вырожденія.

Резонирующее (или *конституціально-аффективное) помѣшательство* (Folie raisonnante французскихъ авторовъ) наблюдается въ видѣ маніакальной и меланхолической формы. Больные часто обнаруживаютъ удивительную смѣсь яснаго сознанія и безумныхъ дѣйствій, отлично умѣютъ находить извинительные поводы для своихъ извращенныхъ поступковъ, дѣйствуютъ и чувствуютъ превратно, нелѣпо, но разсуждаютъ, мыслятъ въ формальномъ отношеніи правильно и логично. Идей бреда и обмановъ чувствъ или вовсе не бываетъ, или же онѣ присоединяются по временамъ, вслѣдствіе особенныхъ мимолетныхъ поводовъ, напримѣръ при сильномъ душевномъ волненіи. Одна изъ формъ этого помѣшательства „folie raisonnante mélancolique“ встрѣчается преимущественно у женщинъ на почвѣ тяжелаго наслѣдственнаго

предрасположенія. Она характеризуется привычнымъ дурнымъ расположеніемъ духа, постояннымъ угнетающимъ душевнымъ волненіемъ, которое выражается раздражительностью характера, недовольствомъ, сварливостью, склонностью къ брани и нанесенію оскорбленій окружающимъ лицамъ. Процессъ представленія у подобныхъ больныхъ, которыхъ нерѣдко считаютъ не болѣе какъ злыми, неуживчивыми женщинами, ревнивыми женами и безсердечными матерями, находится подъ непрестаннымъ гнетомъ болѣзненно-непріятнаго чувствованія. У нихъ существуетъ постоянное болѣзненное стремленіе къ отыскиванію въ своемъ прошломъ тяжелыхъ воспоминаній; онѣ способны воспринимать только непріятныя впечатлѣнія изъ внѣшняго міра, всюду видятъ только мрачныя стороны жизни, ихъ воля слаба, малодушны, неспособны въ умственному труду. Болѣзненная природа этого состоянія, которое на первый взглядъ представляетъ ничто иное какъ дурной характеръ, доказывается теченіемъ описанныхъ явленій—ихъ временными ожесточеніями и ослабленіями, жалобами больныхъ въ періодѣ улучшенія на то, что онѣ сами сознаютъ, что относятся ко всему слишкомъ раздражительно, но не въ силахъ удержаться, чтобъ не дѣлать зла и не вредить другимъ. Наконецъ, у этихъ больныхъ наблюдаются, хотя и рѣдко, во время душевныхъ волненій, приступы тоски и бредъ преслѣдованія.

Нравственное помѣшательство (Folie morale s. moral insanity). Особенно рѣзко выраженную форму психическаго вырожденія представляютъ тѣ состоянія, при которыхъ индивидуумъ, не смотря на доставшіяся ему въ удѣлъ блага цивилизаціи и воспитанія, остается все таки лишеннымъ самой высокой способности, присущей всякому просвѣщенному человѣку, а именно — способности пріобрѣтать этическія представленія (о добрѣ, о прекрасномъ, о религіи и пр.), образовать изъ нихъ извѣстныя нравственныя сужденія и понятія и употреблять эти послѣднія въ дѣло, какъ побуждающіе или задерживающіе мотивы поступковъ. Мозгъ, которому чужда эта общая всему цивилизованному человѣчеству способность, оказывается уже отъ рожденія низшимъ по своему развитію, дефектнымъ, функціонально-дегенеративнымъ. Правильность этого воззрѣнія ясно подтверждается тѣмъ, что всѣ настойчивыя воспитательныя усилія со стороны семейства, религіи и школы, равно

какъ и позднѣйшій горькій жизненный опытъ никоимъ образомъ не въ состояніи благотворно вліять въ нравственномъ отношеніи на чувство и разумъ такихъ людей. Нравственное помѣшательство является такимъ образомъ или какъ состояніе врожденное,— какъ нравственный идіотизмъ, или можетъ быть пріобрѣтеннымъ въ теченіи жизни и является тогда органическимъ послѣдствіемъ тяжелыхъ внѣшнихъ болѣзнетворныхъ вліяній на мозгъ. Оно поражаетъ самое интимное ядро личности человѣка, и именно ея этическія, основанныя на развитіи нравственнаго чувства, отношенія къ внѣшнему міру. Такъ какъ однакоже теченіе представленій съ внѣшней (формальной) ихъ стороны и образованіе интеллектуальныхъ (чисто отвлеченныхъ, голословныхъ) сужденій о пользѣ и вредѣ совершаются у подобныхъ субъектовъ почти вполнѣ правильно, то и процессы логическаго сужденія и умозаключенія остаются для нихъ возможными. Это обстоятельство маскируетъ полную органическую невозможность образованія здѣсь всякихъ нравственныхъ убѣжденій и этическихъ чувствованій и иногда ведетъ къ тому, что нравственно-помѣшанные больные, при обсужденіи ихъ поступковъ, ставятся на одну доску съ людьми безнравственными въ обыкновенномъ смыслѣ слова, а иногда даже и съ преступниками. Чуждые всему благородному и прекрасному, невоспріимчивые ни къ какимъ добрымъ движеніямъ чувства, эти несчастные человѣческіе выродки уже съ самаго ранняго возраста удивляютъ окружающихъ лицъ недостаткомъ дѣтской любви и родственныхъ привязанностей, отсутствіемъ всякаго влеченія къ дружбѣ, холодностью сердца, равнодушіемъ къ счастью и горю самыхъ близкихъ имъ лицъ, полнымъ безучастіемъ ко всякимъ вопросамъ общественной жизни. Конечно, при этомъ они остаются вполнѣ равнодушными къ оцѣнкѣ и порицанію ихъ поступковъ другими лицами, не испытываютъ никогда угрызеній совѣсти или раскаянія. Обычая они не понимаютъ, законъ имѣетъ для нихъ только значеніе полицейскаго предписанія и на тягчайшее преступленіе они смотрятъ, съ ихъ своеобразной, низшей точки зрѣнія, точно также, какъ человѣкъ психически-здоровый смотритъ на неважное нарушеніе какого-нибудь полицейскаго распоряженія. Если, благодаря всему этому, они попадаютъ въ непріятныя столкновенія съ отдѣльними лицами или цѣлымъ обществомъ, то, вмѣсто простой холодности сердца и отрицанія, у нихъ появляются: ненависть, зависть и мстительность. Тогда, при нравственномъ идіо-

тизмѣ этихъ людей, ихъ жестокость и неосмотрительность выходятъ изъ всякихъ границъ. Что касается чисто интеллектуальной сферы, то подобный больной, на взглядъ тѣхъ лицъ, которые считаютъ логическое мышленіе и цѣлесообразныя дѣйствія главными, единственно заслуживающими вниманія при рѣшеніи вопроса о помѣшательствѣ, можетъ показаться психически здоровымъ человѣкомъ. Дѣйствительно здѣсь отсутствуютъ идеи бреда, отсутствуютъ обманы чувствъ, но не смотря однакоже на этотъ отрицательный признакъ, не смотря даже на удивительную хитрость и энергію, обнаруживаемыя больными при осуществленіи безнравственныхъ стремленій, эти жалкіе выродки, если поближе присмотрѣться къ нимъ, обыкновенно оказываются умственно слабыми, неспособными ни къ какой правильной дѣятельности. Это отъ рожденія уже лѣнтяи, нравственно тщедушные люди. Бродяжничество, попрошайничество, воровство, вотъ ихъ любимыя занятія; работа имъ противна и страшна. Если побужденіями къ дѣйствіямъ служатъ естественныя влеченія, то эти послѣднія носятъ на себѣ характеръ извращенности. Въ особенности это должно замѣтить относительно половаго влеченія, случаи извращенныхъ проявленій котораго наблюдаются большею частью именно на почвѣ нравственнаго помѣшательства. Такимъ образомъ, вслѣдствіе отсутствія или невозбудимости нравственныхъ представленій у такихъ больныхъ, здѣсь не можетъ быть и рѣчи о нравственно-свободныхъ поступкахъ; свобода дѣйствій сводится на простую произвольность ихъ.

Первичное сумасшествіе (Primäre Verrücktheit нѣмецкихъ авторовъ). Первичное сумасшествіе представляетъ форму психическаго разстройства, встрѣчаемую почти исключительно лишь у людей, страдающихъ тяжкимъ, и именно большею частью—наслѣдственнымъ, предрасположеніемъ. Ядро этой болѣзни образуютъ идеи бреда, которыхъ самостоятельное, первичное значеніе доказывается отсутствіемъ при нихъ всякой аффективной основы и всякаго размышленія (со стороны больнаго) относительно ихъ происхожденія. Болѣзнь имѣетъ стойкій глубоко конституціональный характеръ. Она не ведетъ къ распаденію психическаго механизма (къ общей спутанности, слабоумію), но гораздо чаще оставляетъ логическій аппаратъ не тронутымъ.

a) *Первичное сумашествіе съ бредомъ преслѣдованія.*

Сущность бреда у этой большой и практически важной группы больныхъ образуютъ нелѣпыя идеи о причиненіи вреда здоровью, жизни, чести и имуществу больныхъ мнимыми врагами. Страдающіе этою формою первичнаго сумасшествія оказываются большею частью индивидуумами, уже съ дѣтскихъ лѣтъ странными, робкими, нелюдимыми, сосредоточенными въ самихъ себѣ, раздражительными, недовѣрчивыми и склонными нерѣдко къ ипохондріи. Съ развитіемъ болѣзни весь внѣшній міръ становится инымъ въ глазахъ больного. Больной начинаетъ всюду отыскивать особенныя отношенія къ собственной своей личности; ему представляется, что люди особенно нерасположены къ нему, что всюду устраивается нѣчто противъ него.

Всѣ случайныя явленія жизни больной относитъ на свой счетъ. Священникъ, по его мнѣнію, намекаетъ на него въ проповѣди; въ газетахъ и уличныхъ объявленіяхъ онъ открываетъ злые намеки на свои недостатки, на прежніе свои проступки и интимныя отношенія; изъ самаго невиннаго разговора окружающихъ лицъ онъ выхватываетъ отдѣльныя слова и относитъ ихъ къ себѣ, а позднѣе онъ начинаетъ слышать въ этихъ словахъ уже прямо обидныя замѣчанія для себя. Больной чувствуетъ себя встревоженнымъ этими мнимо-реальными воспріятіями, фантастическіе вымыслы усиливаются до степени иллюзій. Больной внезапно приходитъ къ странному убѣжденію, что онъ отравленъ; онъ слышитъ голоса, что онъ жертва преслѣдованія, что онъ воръ, обманщикъ, что его жизнь въ опасности. Всего болѣе матеріала доставляютъ бреду обманы чувствъ. Самую важную роль играютъ голоса. Они слышатся или вблизи, или издали: иногда, при далеко подвинувшейся уже болѣзни, они какъ-бы выходятъ изъ частей тѣла. Реакціею сознанія на болѣзненно воспринимаемые процессы внѣшняго міра служатъ у первично-сумашедшихъ душевныя волненія, которыя представляютъ явленіе вторичное, естественную, такъ сказать, физіологическую реакцію на происходящее первичнымъ путемъ, посредствомъ нелѣпыхъ идей, измѣненіе „я" субъекта и отношеній этого „я" къ внѣшнему міру. Рѣзкое отличіе первичнаго сумашествія отъ меланхоліи и маніи съ нелѣпыми идеями именно и лежитъ въ этомъ первичномъ, не аффективномъ, не вытекающемъ изъ пониженнаго или повышеннаго самочувствія способѣ происхожденія идей бреда. По мѣрѣ того какъ

тягостное душевное состоянiе больныхъ дѣлается все болѣе и болѣе невыносимымъ, они выходятъ изъ своей прежней пассивной роли, однакоже, прежде чѣмъ сдѣлаться людьми явно опасными для общества, они обыкновенно сами-же подаютъ первые сигналы приближающейся бури.

Больные громко угрожаютъ своимъ мнимымъ гонителямъ, взываютъ о защитѣ къ суду, наконецъ, видя неудачу всѣхъ этихъ попытокъ, приходятъ къ печальному убѣжденiю, что очутились въ состоянiи необходимой обороны и могутъ разсчитывать только на самопомощь. Вольные въ этомъ перiодѣ въ высшей степени опасны. Они бросаются на свои жертвы, умерщвляютъ ихъ всего чаще среди бѣла дня, въ присутствiи свидѣтелей. Они открыто заявляютъ и свои поводы къ убiйству, радуются удачѣ своего дѣла, хвалятся имъ.

Сутяжное сумасшествiе (Querulantenirresein нѣмецкихъ авторовъ) отличается отъ вышеописанной формы лишь тѣмъ, что здѣсь, по мнѣнiю больныхъ, явная опасность угрожаетъ ихъ правовымъ интересамъ, а не жизни,—исходную точку для бреда образуютъ дѣйствительныя, а не воображаемыя обстоятельства и больные рано уже являются въ активной, наступательной роли, а не въ роли униженныхъ и гонимыхъ. Субъекты, заболѣвающiе сутяжнымъ сумашествiемъ, постоянно оказываются людьми, страдающими тяжкимъ, большею частью наслѣдственнымъ предрасположенiемъ, съ различными соматическими признаками вырожденiя (неправильностями черепа и пр.) и психическими аномалiями и дефектами, обнаруживающимися у нихъ уже въ раннемъ возрастѣ. Самымъ яркимъ и важнымъ изъ этихъ дефектовъ является извѣстныя степень нравственной тупости, благодаря которой подобные больные, не смотря на видимое „сознанiе права", никогда не способны возвыситься до яснаго пониманiи внутренняго нравственнаго значенiя правовыхъ отношенiй. Кандидаты на эту форму психическаго разстройства обращаютъ на себя вниманiе уже съ дѣтскихъ лѣтъ своимъ упрямствомъ, дерзкою неуступчивостью и чрезмѣрно высокою оцѣнкою собственнаго достоинства. Интеллектуальная сфера подобныхъ субъектовъ—большею частью ниже средняго уровня. Даже тамъ, гдѣ нѣкоторыя умственныя качества такого человѣка дѣйствуютъ какъ-бы подкупающимъ образомъ на наблюдателя,—за кажущейся удачной изворотливостью выводовъ

не трудно замѣтить, вникнувъ глубже, поразительно кривую логику, которая упускаетъ изъ виду многое и слишкомъ легко вырождается въ простое крючкотворство. На этой подготовленной почвѣ случайною причиною къ полному развитію болѣзни могутъ послужить: или какой-нибудь проигранный искъ, или-же просто отказъ человѣку въ исполненіи его мнимо-справедливыхъ, а въ сущности ничѣмъ не оправдываемыхъ притязаній. Потерпѣвъ пораженіе на полѣ судебныхъ состязаній, больной перебираетъ въ своемъ умѣ всѣ обстоятельства своей неудачи, подъискиваетъ средства къ поправленію ихъ и, между прочимъ, старается запастись основательными свѣдѣніями по необходимымъ статьямъ уголовнаго и гражданскаго права и судопроизводства. Затѣмъ, по истеченіи нѣкотораго времени, онъ снова выступаетъ въ роли истца и пускается самолично, во всеоружіи юридическихъ ухищреній, въ оволесную безконечнаго процесса, пишетъ жалобу за жалобой, аппеллируетъ во всѣ инстанціи. Дѣло кончается тѣмъ, что просьбы, жалобы и извѣты день ото дня дѣлаются объемистѣе, преизобилуютъ бранью и оскорбленіями чести должностныхъ лицъ, оскорбленіями Величества (Majestätsbeleidigungen) и вынуждаютъ къ принятію карательныхъ мѣръ противъ сутяги, которыми страстное возбужденіе больнаго еще болѣе усиливается; только что подвергнутые извѣстному наказанію, больные вскорѣ снова навлекаютъ на себя обвиненіе въ томъ-же проступкѣ и въ глазахъ суда являются людьми, испорченными въ конецъ, къ которымъ должна быть примѣняема усиленная кара на основаніи отягчающихъ обстоятельствъ, а между тѣмъ непреклонная послѣдовательность неправильнаго поведенія здѣсь оказывается только естественнымъ и неизбѣжнымъ результатомъ болѣзни.

б) *Первичное сумашествіе съ преобладанемъ горделивыхъ идей (бредъ величія).*

1. *Религіозное помѣшательство.* Въ прошломъ этихъ больныхъ можно всегда найти ясныя указанія на предрасположеніе къ душевнымъ болѣзнямъ вообще и въ особенности къ этой формѣ сумасшествія. Очень часто болѣзнь представляется здѣсь прогрессивнымъ развитіемъ уже ненормальнаго направленія характера, которое выражается чрезмѣрнымъ религіознымъ увлеченіемъ. Почти всегда представители этой груп-

пы психическаго разстройства оказываются уже съ малыхъ лѣтъ слабоумными, ограниченный разсудокъ которыхъ, не будучи въ состояніи постигнуть нравственную сущность религіи, увлекается только внѣшней стороною религіознаго культа и весь уходитъ на одностороннее выполненіе дурно понятыхъ религіозныхъ предписаній. Такимъ образомъ, уже съ дѣтства существующее чрезмѣрно одностороннее направленіе характера съ годами усиливается все болѣе и болѣе. Начало вполнѣ развитой болѣзни обозначается появленіемъ галлюцинацій, какъ одного изъ симптомовъ психическаго возбужденія, которое можетъ доходить до экстаза *) и обыкновенно сопутствуется безсонницей. Въ сознаніи больнаго появляются возвышенное чувствованіе проникновенія грѣховнаго тѣла божественнымъ дыханіемъ. Больной чувствуетъ себя какъ бы просвѣтленнымъ, чувствуетъ какъ будто св. духъ сошелъ на него; онъ реформаторъ религіи, мессія, создатель міра и пр. У женщинъ при этомъ очень часто встрѣчается половое возбужденіе, доходящее до сладострастныхъ ощущеній, аллегорическимъ истолкованіемъ которыхъ въ послѣдствіи служатъ нелѣпыя идеи о непорочномъ зачатіи. Рядомъ съ приступами необыкновеннаго воодушевленія, доходящаго до экстаза, являются и пароксизмы глубочайшаго сокрушенія духа и подавленія самочувствія,—періоды сознанія глубокой грѣховности и необходимости нравственнаго очищенія и искуса. Тогда больные отказываются отъ пищи, налагаютъ на себя безусловное молчаніе и даже истязуютъ себя до искалѣченія.

2. *Эротическое сумашествіе* (Erotomania), мало изученная и рѣдкая разновидность первичнаго сумашествія, поражаетъ инди-

(*) Психическое состояніе лица, находящагося въ экстазѣ (восхищеніи), напоминаетъ сонную грезу. Сознаніе совершенно поглощено внутренними процессами. Оно сосредоточено на ограниченномъ кругѣ представленій, возникающихъ путемъ внутренняго раздраженія и сопровождающихся сильнымъ душевнымъ волненіемъ и яркою галлюцинаторною окраскою. При такой внутренней сосредоточенности воспріятіе впечатлѣній внѣшняго міра прекращается или распространяется лишь на то, что стоитъ въ связи съ представленіями больнаго. Функціи психо-моторной сферы какъ бы застываютъ въ направленіи процесса представленія (выраженіе восхищенія). Больной похожъ при этомъ на статую. Самосознаніе при экстазѣ или вовсе отсутствуетъ, или очень смутно, а потому и воспоминаніе или совершенно невозможно для больнаго, или же ограничивается отдѣльными отрывками галлюцинаторнаго бреда.

видовъ, которые уже съ дѣтства психически функціонируютъ неправильно. Главную сущность этого психическаго разстройства составляетъ бредъ о любви, будто бы питаемой къ субъекту особою другаго пола, которая обыкновенно принадлежитъ къ высшимъ слоямъ общества. Заслуживаетъ особеннаго вниманія то обстоятельство, что любовь субъекта къ этой особѣ бываетъ повидимому чрезвычайно страстною, но въ тоже время совершенно платоническою. При полномъ развитіи болѣзни являются иллюзіи, галлюцинаціи и бредъ величія. Больной чувствуетъ себя невыразимо счастливымъ и гордится своимъ счастьемъ.

Первичное сумасшествіе въ видѣ навязчивыхъ идей. Страдающіе этимъ тягостнымъ болѣзненнымъ состояніемъ оказываются большею частью наслѣдственно - предрасположенными индивидуумами съ невропатической конституціей *), которая особенно часто проявляется въ спеціальной формѣ истерическаго или ипохондрическаго невроза.

Чисто конституціональный характеръ этой формы психическаго разстройства, чрезвычайно длительный и въ общихъ чертахъ своихъ неизмѣнный (стойкій) даетъ право считать её однимъ изъ видовъ сумасшествія. Навязчивыя идеи развиваются изъ глубины безсознательной сферы душевной жизни первичнымъ путемъ, т. е. бываютъ лишены всякаго аффективнаго основанія. Онѣ являются передъ сознаніемъ внезапно, нарушаютъ теченіе мыслей, кажутся странными самому больному. Начало болѣзни бываетъ

---

*) Сущность той особенной конструкціи нервныхъ элементовъ, которую называютъ невропатической,—состоитъ въ томъ, что равновѣсіе отправленій нервной системы у подобныхъ индивидуумовъ бываетъ крайне неустойчивымъ и нарушается уже при мимолетныхъ, ничтожныхъ внѣшнихъ раздраженіяхъ: реакція со стороны нервныхъ центровъ на эти раздраженія оказывается чрезмѣрно сильною и распространенною, но не продолжительною—вслѣдъ за нею очень быстро наступаетъ истощеніе нервной дѣятельности. При этомъ состояніи раздражительной слабости дѣлается возможнымъ вліяніе на невропатическихъ субъектовъ такихъ раздраженій, которыя на людей съ нормальною нервною системою или вообще не дѣйствуютъ или дѣйствуютъ далеко не съ такою силою. Такая конституція бываетъ или врожденною, возникая на почвѣ наслѣдственности, или пріобрѣтенною, являясь слѣдствіемъ истощающихъ тяжелыхъ болѣзней,—напр. тифа, трудныхъ родовъ и послѣродовыхъ заболѣваній, половыхъ излишествъ и т. п.

внезаннымъ. Среди спокойнаго и правильнаго хода представленій вдругъ рождаются у человѣка мысли, вовсе не идущія къ дѣлу, не вызванныя и не сопровождаемыя никакимъ душевнымъ волненіемъ. Мысли эти, наперекоръ волѣ больнаго, удерживаются въ его сознаніи съ болѣзненною силою и продолжительностью и затѣмъ также внезапно исчезаютъ. Возвращается прежнее спокойное теченіе представленій или-же какой-нибудь новый, надоѣдливый и тягостный кругъидей заступаетъ мѣсто исчезнувшаго. Во многихъ случаяхъ больной никакъ не можетъ отдѣлаться отъ навязчивыхъ идей религіознаго содержанія—„что такое Богъ? да есть-ли Богъ? и что такое вѣчность? какъ надо понимать тріединство въ единствѣ лица?“ и пр.—или-же отъ метафизическихъ вопросовъ—„какъ произошелъ человѣкъ? какъ произошла вселенная?“ и т. п. Въ другихъ случаяхъ, съ каждымъ чувственнымъ воспріятіемъ соединяется вопросъ: «почему это именно такъ?»—Или при взглядѣ на ножъ, внезапно рождается мысль: „а что, если-бы этимъ ножомъ перерѣзать шею себѣ или своему ребенку?“ и т. п. Замѣчательно при этомъ—упорство, съ которымъ навязчивыя идеи остаются въ сознаніи человѣка, и легкость, съ которою онѣ снова пробуждаются по поводу воспріятій и представленій, имѣющихъ къ нимъ самое отдаленное отношеніе. И чѣмъ болѣе человѣкъ напрягаетъ энергію своей воли, чтобъ осилить мучительную идею, тѣмъ неотступнѣе навязывается ему эта идея. Наконецъ больной теряетъ всякое терпѣніе; появляется сильная реактивная тоска, доходящая до взрывовъ отчаянія, появляется навязчивое стремленіе поступать въ смыслѣ гнетущаго представленія. Тогда мы имѣемъ передъ собою болѣзненныя идеи плюсъ болѣзненныя дѣйствія, т. е. полное уничтоженіе „свободы дѣйствій“.

Эпилептическое помѣшательство. Въ общее понятіе объ эпилептическомъ помѣшательствѣ входятъ какъ продолжительныя, непрерывныя, такъ и быстро проходящія психопатическія состоянія. Оно подраздѣляется: 1) на психическое вырожденіе эпилептиковъ, 2) скоротечныя, большею частію соединенныя съ бредомъ психическія разстройства эпилептиковъ и 3) на эпилептическіе психозы.

1. *Психическое вырожденіе эпилептиковъ.* У большинства эпилептиковъ (по статистикѣ Русселя, Рейнольдса въ 62%) цѣлостность психическихъ отправленій оказывается нарушенною.

Самые постоянные признаки этого глубокаго измѣненія психической сферы суть: 1) общая функціональная слабость психическаго механизма (выражающаяся забывчивостью, затрудненнымъ образованіемъ сужденій и понятій, пробѣлами въ воспріятіи), которая можетъ проходить здѣсь чрезъ всѣ ступени слабоумія, кончая полнымъ безуміемъ; иногда такое явленіе вырожденія замѣчается преимущественно въ нравственной сферѣ индивидуума; больные ведутъ развратный образъ жизни, причемъ безнравственныя побужденія къ преступленіямъ могутъ появляться у нихъ періодически и носятъ на себѣ ясный отпечатокъ импульсивности; 2) чрезмѣрная раздражительность чувства, выражающаяся необыкновенно сильными гнѣвными аффектами, доходящими до пароксизмовъ слѣпаго бѣшенства; 3) въ этой картинѣ психическаго вырожденія встрѣчаются по временамъ и навязчивыя идеи и первичныя идеи бреда преслѣдованія, ужасающія галлюцинаціи и приступы тоски.

2. *Скоротечные приступы психическаго разстройства.* Они состоятъ въ законченныхъ, рѣзко ограниченныхъ по своему теченію картинахъ болѣзни, которыя длятся большею частію лишь нѣсколько часовъ или дней, появляются и исчезаютъ внезапно. Такія психическія разстройства могутъ встрѣчаться у эпилептика или какъ предвѣстники, или чаще—какъ послѣдствія эпилептическихъ приступовъ, иногда же наблюдаются и какъ самостоятельные симптомы въ промежуткахъ между приступами, причемъ всегда сопровождаются глубокимъ помраченіемъ и даже исчезаніемъ сознанія. Главныя формы помраченія сознанія, свойственныя приступамъ эпилепсіи суть: а) отупѣніе (stupor) *), которое можетъ длиться отъ получаса до нѣсколькихъ дней и отличается отъ всѣхъ другихъ видовъ отупѣнія крайне затрудненнымъ

*) Всѣ психическія отправленія здѣсь не воспрепятствованы, хотя и не прекращены совсѣмъ. Сознаніе въ извѣстной степени потемнѣно, такъ какъ представленія не достигаютъ полной нормальной ясности, воспріятіе—смутно, замедлено, теченіе идей затруднено, сочетаніе ихъ совершается вяло. Но въ особенности рѣзко выражается задержка отправленій въ психомоторной сферѣ. У больнаго нѣтъ почти никакой произвольности (иниціативы), онъ стоитъ по цѣлымъ часамъ на одномъ мѣстѣ, лицо выражаетъ равнодушіе или тупое удивленіе. Только изрѣдка, съ величайшимъ усиліемъ и чрезвычайно медленно, онъ дѣлаетъ какое нибудь произвольное движеніе.

нымъ воспріятіемъ впечатлѣній, высокою степенью помраченія сознанія, совершенною спутанностью представленій и внезапными вспышками буйства; при этомъ оно обыкновенно осложняется идеями бреда и такими же обманами чувствъ; иногда вмѣсто тѣхъ и другихъ существуютъ религіозныя идеи бреда горделиваго содержанія, характерныя по своей безсвязности, похожей на сонныя грёзы, и чудовищной нелѣпости, б) сумеречныя состоянія сознанія *). Картины болѣзни этого рода, особенно важныя въ судебно-медицинскомъ отношеніи, суть слѣдующія: а) омраченіе сознанія съ тоскою („petit mal“—Фальре), т. е. состояніе полусознательнаго, но глубокаго психическаго угнетенія; больной не можетъ оставаться ни минуты на мѣстѣ и бродитъ, словно въ полуснѣ, безотчетно пугаясь всего; очень часто при этомъ онъ гнѣвно реагируютъ на внѣшнія впечатлѣнія, воспринимаемыя имъ во враждебномъ смыслѣ. Нерѣдко дѣло доходитъ до совершенно импульсивныхъ разрушительныхъ дѣйствій противъ собственной личности или окружающихъ лицъ; звѣрское насиліе и очевидная необдуманность являются отличительными признаками подобнаго рода дѣйствій,—б) Дальнѣйшую ступень развитія вышеописаннаго состоянія, обусловленную болѣе глубокимъ разстройствомъ сознанія и осложненную идеями бреда и галлюцинаціями, содержаніе которыхъ составляютъ ужасныя видѣнія призраковъ и ожиданіе смертельной опасности,—представляетъ такъ называемый „grand mal“ (Фальре), буйный галлюцинаторный бредъ преслѣдованія (delirium epilepticum). Реакціею психомоторной сферы на это тоскливо-ужасающее содержаніе глубоко разстроеннаго сознанія являются сильные взрывы слѣпой самозащиты больнаго противъ преслѣдующихъ его призраковъ и враждебно воспринимаемыхъ имъ внѣшнихъ впечатлѣній, во время которыхъ больной, въ смертельной тоскѣ и отчаяніи, никого не допускаетъ приблизиться, наноситъ удары чѣмъ попало и вообще становится въ высшей степени опаснымъ. в) Омраченіе сознанія съ горделиво-

*) Сумеречныя состоянія сознанія (psychische Dämmerzustände) характеризуются тѣмъ, что представленія не достигаютъ здѣсь полной ясности въ сознаніи, категоріи времени и пространства, равно какъ и сознаніе собственной личности, въ высокой степени недостаточны. Воспріятіе внѣшняго міра—смутно, отрывочно, совершается какъ бы сквозь туманъ (или сумерки). Воспоминаніе обо всемъ, происходившемъ въ этомъ состояніи, удерживается только въ самыхъ общихъ чертахъ.

религіознымъ бредомъ, содержаніе котораго образуютъ видѣнія религіознаго свойства, причемъ больные считаютъ себя Богомъ, Христомъ, пророками. видятъ себя вознесенными на небо (образованію этихъ нелѣпыхъ идей содѣйствуютъ мышечныя анэстезіи, сопровождающіяся ощущеніемъ полета, необычайной легкости тѣла). Но среди этого блаженнаго бреда сцена видѣній можетъ вдругъ измѣниться—больной видитъ предъ собою адъ и страшный судъ, чувствуетъ себя нераскаяннымъ грѣшникомъ и т. п. Омраченіе сознанія при этомъ большею частію не бываетъ настолько глубокимъ, чтобы больной не былъ въ состояніи припомнить впослѣдствіи содержаніе этихъ грёзъ; г) особенныя сумеречныя состоянія сознанія съ романическими, подобными сновидѣнію представленіями, большею частію веселаго содержанія, которыя являются то въ видѣ простыхъ навязчивыхъ идей, то въ видѣ идей бреда, Больной, повидимому ясно воспринимающій внѣшнія впечатлѣнія, поступающій и говорящій сознательно, на самомъ дѣлѣ находится въ состояніи какъ бы сновиднаго омраченія сознанія *), похожемъ на сомнабулизмъ. Дѣйствуя въ смыслѣ своихъ грёзъ и романическихъ идей, онъ стремится къ выполненію какой нибудь сумасбродной роли или миссіи и приходитъ чрезъ это въ опасное столкновеніе съ дѣйствительностію и своими реальными интересами. Такъ, можетъ случиться, что больной въ этомъ состояніи пускается въ бродяжничество или совершаетъ мошенничество, кражу (**) и впослѣдствіи или вовсе не помнитъ

*) Какъ фактъ, небывалый въ лѣтописяхъ науки, сообщаетъ Легранъ-дю Соль относящійся сюда случай съ купцомъ, который уже ранѣе поражалъ всѣхъ своими безцѣльными путешествіями, а въ одинъ прекрасный день вмѣсто того, чтобъ быть въ Парижѣ, очнулся къ своему удивленію и ужасу, на одномъ изъ пароходовъ на Бомбейскомъ рейдѣ.

**) Сновидныя состоянія во время бдѣнія (Traumzustände d. wachen Lebens) характеризуются тѣмъ, что сознаніе сдѣсь потемнѣно до полнаго прекращенія самосознанія (безсознательность въ юридическомъ смыслѣ), сознаніе окружающаго міра утрачено или по крайней мѣрѣ понижается до минимума ясности. Чувственныя раздраженія не проникаютъ болѣе въ сферу самосознанія, впечатлѣнія органовъ внѣшнихъ чувствъ не переработываются до степени ясно сознаваемыхъ воспріятій. Больной въ такомъ состояніи походитъ на грезящаго во снѣ съ тѣмъ только различіемъ, что психомоторная сфера здѣсь не перестаетъ работать, поэтому представленія (бредъ) и галлюцинаціи, происходящія вслѣдствіе внутренняго раздраженія, проявляются двигательными актами и могутъ становиться поводами къ дѣйствію, которое самъ виновникъ столь же мало сознаетъ, какъ мало бываетъ въ состояніи потомъ вспомнить о немъ.

этого или припоминаетъ себѣ весьма смутно. Эти состоянія могутъ длиться отъ нѣсколькихъ часовъ до нѣсколькихъ мѣсяцевъ.

3. *Эпилептическія психозы.* Во многомъ имѣютъ близкое сходство съ нѣкоторыми формами періодическаго помѣшательства. Общими признаками этихъ состояній служатъ: сильная спутанность процесса представленій, глубокія ремиссіи бреда, доходящія до настоящихъ перемежекъ его, въ высшей степени смутное, даже вполнѣ отсутствующее воспоминаніе объ обстоятельствахъ приступа, внезапность появленія самаго приступа и переходъ послѣдняго въ разрѣшеніе чрезъ періодъ омраченія (сумеречнаго состоянія) сознанія или отупѣнія. Эпилепсія, неосложненная психическимъ разстройствомъ, не исключаетъ способности эпилептика ко вмѣненію, но во всякомъ случаѣ является обстоятельствомъ, уменьшающимъ вину дѣятеля. Общей формулы для обсужденія вопроса о способности ко вмѣненію эпилептиковъ установить нельзя; каждый случай долженъ разсматриваться въ его индивидуальности.

Истерическое помѣшательство. Въ богатой и разнообразной своими проявленіями картинѣ припадковъ истерики постоянно встрѣчаются и психическія аномаліи, отчасти какъ элементарныя разстройства (совокупность ихъ образуетъ такъ наз. истерическій характеръ), отчасти же какъ преходящія или же окончательно сложившіяся картины болѣзни (истерическое помѣшательство).

Основныя явленія истерическаго характера: въ сферѣ чувства—поразительная легкость, съ которою возникаютъ болѣзненныя настроенія, быстро доходящія до аффектовъ, прихотливость больныхъ; въ сферѣ представленія—необыкновенно живая окраска воспріятій и воспоминаній чувствами удовольствія и страданія, поверхность и шаткость мышленія; въ психомоторной сферѣ—легкая возбудимость ея въ степени энтузіазма, замѣчательная слабость воли и непостоянство наклонностей. Эти двѣ характерныя черты—легкая возбудимость нервной системы и столь-же быстрая улетучиваемость возбужденій выражаются пестрою смѣною настроеній и аффектовъ, измѣнчивыми симпатіями и антипатіями, стремленіями, полными энергіи и мгновенно уступающими мѣсто безотраднѣйшей умственной дряблости. Дальнѣйшая черта истерическаго характера — себялюбіе, сопровождающееся

замѣчательною тупостью альтруистическихъ чувствованій. Очень часто при этомъ и половое влеченіе бываетъ разстроено—усилено до появленія субъективныхъ сладострастныхъ ощущеній (даже мнимоощущеній совокупленія) и проявляется самыми причудливыми дѣйствіями; по временамъ же можетъ появляться и необыкновенная безстрастность въ половомъ отношеніи или вообще, или только какъ идіосинкразія противъ мужа или любовника. Фантазія подобныхъ больныхъ большею частью болѣзненно усилена, такъ что слишкомъ яркое представленіе у нихъ нерѣдко превращается въ галлюцинацію, почти исключительно въ сферѣ зрѣнія; не менѣе часты и иллюзіи зрѣнія. Сфера дѣйствія свободной воли во всякомъ случаѣ является здѣсь ограниченной. Этому способствуютъ: слабость нравственныхъ чувствованій, измѣнчивость и поверхностность процесса представленія, формально и существенно измѣненный способъ ощущенія и наконецъ навязчивыя идеи. Клиническая картина скоропреходящихъ состояній истерическаго помѣшательства, при чрезвычайномъ разнообразіи проявленій истерическаго невроза, бываетъ очень различна. Здѣсь наблюдаются состоянія патологическаго аффекта, меланхолическаго порыва, маніакальнаго возбужденія съ болѣзненнымъ стремленіемъ къ собиранію всякихъ мелочей, состоянія острой маніи съ эротическими и религіозными идеями бреда, случаи сомнамбулизма, экстазивнаго чувственнаго бреда съ содержаніемъ религіозно-эротическимъ или устрашающимъ, очень часто демономаническимъ. Сознаніе при этомъ обыкновенно находится на степени глубокаго сновиднаго омраченія, воспоминаніе о приступѣ или совсѣмъ отсутствуетъ, или остается смутнымъ. Болѣзненныя состоянія, относящіяся къ категоріи хроническаго истерическаго помѣшательства допускаютъ довольно рѣзкое обособленіе ихъ, смотря потому, развиваются ли они на почвѣ простого, не конституціонально предрасположеннаго истерическаго невроза, или же представляютъ собою переходныя картины, т. е. періоды глубоко укоренившагося истерическаго вырожденія. Въ первомъ случаѣ дѣло идетъ о психоневрозахъ (Hysteromelancholia и Hysteromania), отличающихся отъ подобныхъ имъ не истерическихъ случаевъ только своимъ обыкновенно болѣе короткимъ теченіемъ. Въ иномъ видѣ является психозъ тамъ, гдѣ онъ представляетъ только періодъ возрастающаго функціональнаго вырожденія, обусловленнаго большею частію болѣзненною наслѣдственностью. Обычныя здѣсь кар-

тины болѣзни суть дегенеративныя формы резонирующаго и нравственнаго помѣшательства, но въ особенности—первичнаго сумасшествія, которое встрѣчается и въ видѣ бреда преслѣдованія и въ видѣ бреда величія или же безостановочно возрастающаго слабоумія. Неспособность ко вмѣненію при преходящемъ и хроническомъ помѣшательствѣ истерическихъ лицъ не подлежитъ сомнѣнію. Что же касается элементарныхъ психическихъ разстройствъ, то хотя они и не исключаютъ возможности вмѣненія, но въ подобныхъ случаяхъ было бы вполнѣ справедливо признавать уменьшенную правовую отвѣтственность дѣятеля.

Ипохондрическое помѣшательство. Случаи, въ которыхъ меланхолическій психоневрозъ получаетъ ипохондрическую окраску, благодаря особеннымъ причинамъ (онанизму, страданіямъ желудка и кишекъ и т. п.) необходимо отдѣлить отъ тѣхъ, въ которыхъ ипохондрія, служа признакомъ большею частію тяжелой наслѣдственности, является конституціональнымъ неврозомъ уже съ періода половой зрѣлости, иногда даже ранѣе, и затѣмъ сопровождаетъ тяжко предрасположеннаго индивидуума въ теченіи всей его жизни, часто оканчиваясь исходомъ въ тяжелыя дегенеративныя состоянія помѣшательства. Постоянное тяжелое вліяніе на сознаніе органически измѣненныхъ чувствованій (какъ результатъ отчасти центральной, психической, отчасти периферической гиперэстезіи, благодаря которой обусловливающіе ее процессы возбужденія въ нервахъ периферическихъ органовъ, большею частію болѣзненно измѣненныхъ, не только ясно сознаются, но и оттѣняются живыми чувствованіями страданія, доходящими до сильныхъ душевныхъ волненій) необходимо влечетъ за собою глубокое измѣненіе всей личности больнаго въ ея нравственномъ и умственномъ отношеніяхъ: человѣкъ становится жесткимъ эгоистомъ, теряетъ всякую энергію; рядомъ съ этимъ очень часто встрѣчаются навязчивыя идеи, предсердечная тоска и импульсивныя дѣйствія, ведущія къ самоубійству. Состоянія психическаго вырожденія, не рѣдко происходящія изъ этой конституціональной ипохондріи, суть: первичное сумасшествіе, и именно въ видѣ бреда преслѣдованія, рѣже—въ видѣ навязчивыхъ идей, и, во вторыхъ, состоянія психической слабости, доходящія до ясно выраженнаго слабоумія (dementia).

Періодическое помѣшательство развивается преимущественно на почвѣ органическаго, большею частью наслѣдственнаго тяж

каго предрасположенія, или-же возникаетъ изъ тяжелыхъ болѣзнетворныхъ вліяній, глубоко поражающихъ центральный органъ, напр. изъ алкогольныхъ излишествъ или травматическихъ повреждевій головы. Признаками, свойственными всѣмъ періодическимъ формамъ помѣшательства и отличающими эти послѣднія отъ психозовъ непеpiодическихъ, можно считать слѣдующіе:

1) типическое сходство отдѣльныхъ приступовъ относительно ихъ теченія и припадковъ. Такая стереотипность проявленія приступовъ распространяется даже на ихъ предвѣстники, равно какъ и на содержаніе и извѣстную послѣдовательность во времени детальныхъ симптомовъ приступа; хотя о такой стереотипности можно говорить, конечно, только относительно, потому что приступы, существуя часто десятки лѣтъ, съ теченіемъ времени, подъ вліяніемъ вторичныхъ измѣненій мозга, становятся болѣе тяжелыми съ рѣзче выраженными явленіями психической слабости. 2) Вся личность субъекта во время пароксизма, и въ мимическомъ, и въ психическомъ отношеніи, становится совершенно другою, чѣмъ во время свѣтлаго промежутка, такъ что мы здѣсь видимъ предъ собой какъ-бы двѣ, чуждыя одна другой, личности. 3) Въ промежуткахъ между пароксизмами замѣчаются болѣе или менѣе ясныя явленія постояннаго страданія центральной нервной системы; такимъ образомъ отдѣльные приступы періодическаго помѣшательства представляютъ только особенно ярко выступающіе симптомы непрерывно существующей болѣзни. 4) Картина болѣзни большею частью ограничивается аномаліями чувства и формальными разстройствами процесса представленія, результатомъ которыхъ являются болѣзненные поступки; при этомъ существенныя разстройства процесса представленія (идеи бреда) и обмана чувствъ выражены слабо или даже вовсе отсутствуютъ. Въ случаяхъ этого послѣдняго рода болѣзнь очень часто получаетъ характеръ резонирующаго и нравственнаго помѣшательства, или-же носитъ отпечатокъ импульсивности.

Періодическое помѣшательство можетъ проявляться или въ видѣ психоза, или въ видѣ бреда; въ первомъ случаѣ оно протекаетъ въ видѣ возвратовъ маніакальнаго или меланхолическаго состоянія или въ видѣ такъ называемаго круговаго помѣшательства, представляющаго собою соединеніе (чередованіе) обоихъ этихъ состояній. Принимая во вниманіе условія происхожденія

болѣзни, можно различать случаи идіопатическіе, т. е. обуслов ленные прямо центральнымъ путемъ, и симпатическіе, т. е. вызы ваемые периферическими процессами раздраженія.

Идіопатическое періодическое помѣшательство въ видѣ психоза.

а) Mania periodica. Маніакальный приступъ начинается довольно внезапно. Проявленія его складываются въ картину маніакальнаго возбужденія, въ томъ видѣ, какъ оно обыкновенно обнаруживается на почвѣ вырожденія, т. е. имѣютъ большею частью рѣзко выраженный резонирующій характеръ, нерѣдко даже съ признаками болѣзненнаго извращенія нравственности и съ преобладаніемъ бреда въ дѣйствіяхъ (delirium actionis), который часто отличается импульсивностью и главнымъ образомъ — безнравственностью. Между аффективными разстройствами занимаетъ здѣсь первое мѣсто въ высшей степени усиленная раздражительность чувства (характера); поэтому картина болѣзни представляется преимуществено подъ видомъ раздражительной (головной) маніи. При слабо выраженныхъ существенныхъ разстройствахъ процесса представленія и при резонирующемъ, очень часто безнравственномъ и импульсивномъ отпечаткѣ всѣхъ проявленій болѣзни, поведеніе больнаго можетъ быть сочтено за обыкновенную нравственную испорченность, если будутъ обращать вниманіе исключительно на поступки человѣка, а не на всю его личность, не на всю совокупность особенностей, которыми характеризуется картина болѣзни, имѣющая къ тому-же явно періодическое теченіе. Это именно относится къ тѣмъ нерѣдкимъ случаямъ, гдѣ импульсивный бредъ дѣйствій выражается мимовольнымъ стремленіемъ къ половымъ излишествамъ, воровству, пьянству, поджогамъ, бродяжничеству и проч. Что касается промежуточнаго состоянія, то въ теченіи его, уже послѣ немногихъ приступовъ, обнаруживаются сильныя отклоненія отъ психической нормы—усиленная раздражительность чувствъ и признаки ослабленія умственныхъ способностей.

Запой (dipsomania) представляетъ разновидность періодической маніи и характеризуется инстинктивнымъ періодически возвращающимся влеченіемъ къ употребленію спиртныхъ напитковъ и своимъ короткимъ ходомъ. Много спорили о томъ, должно-ли считать запой психозомъ или просто порочною привычкою, которая потому обнаруживается періодически, что находится, по всей вѣроятности, въ зависимости отъ сроковъ полученія заработной платы.

Изъ этихъ двухъ предположеній несомнѣнно справедливо первое. Стоитъ вспомнить, что запой случается и у людей, которые постоянно располагаютъ туго набитымъ кошелькомъ и обильно снабженнымъ виннымъ погребомъ и однакоже испытываютъ неодолимое влеченіе къ пьянству только періодически. Если прибавить къ этому, что запой встрѣчается почти исключительно у индивидуумовъ тяжко предрасположенныхъ; что предвѣстники, симптомы и теченіе отдѣльныхъ приступовъ запоя всякій разъ, до малѣйшихъ подробностей, проявляются одинаково; что отдѣльные приступы появляются безъ всякихъ внѣшнимъ поводовъ, обусловливаются, слѣдовательно, чисто внутреннимъ, органическимъ развитіемъ и, къ тому-же, повторяются въ правильные промежутки времени,—то картина психоза обрисовывается слишкомъ ясно. Личность больнаго во время приступа и внѣ его представляется совершенно различною, такъ какъ въ промежуткахъ между приступами запойный пьяница очень часто бываетъ человѣкомъ самымъ солиднымъ, чувствуетъ даже полное отвращеніе къ вину.

Если, въ видѣ опыта, лишить дипсомана свободы въ началѣ его пароксизма и попробовать удержать такимъ образомъ отъ употребленія спиртныхъ напитковъ, то пароксизмъ протекаетъ, какъ раздражительное, гнѣвное неистовство. Въ промежуткахъ между приступами человѣкъ пользуется психическимъ и тѣлеснымъ благостояніемъ, хотя, при частыхъ возвратахъ запоя, развивается несомнѣненное состояніе психической слабости (упадокъ умственныхъ способностей, нравственное отупѣніе, свирѣпая раздражительность нрава).

b) *Melancholia periodica*—форма, сравнительно съ маніакальной, чрезвычайно рѣдкая, но и болѣе тяжелая. Сопровождается идеями бреда и обманами чувствъ. Идеи бреда основываются на глубоко пониженномъ самочувствіи. Во всѣхъ случаяхъ существуетъ сильная предсердечная тоска и отвращеніе къ жизни, которое ведетъ къ попыткамъ самоубійства. Явленія психической слабости замѣчаются уже въ началѣ болѣзни, а при дальнѣйшихъ ея возвратахъ и въ промежуткахъ между приступами наблюдается легкое меланхолическое угнетеніе.

c) *Круговое помѣшательство.* Здѣсь дѣло идетъ о поочередномъ, циклическомъ появленіи меланхолическаго и маніакальнаго состояній. Циклическое чередованіе этихъ двухъ формъ напоми-

наетъ собою тотъ фактъ, что у многихъ наслѣдственно предрарположенныхъ индивидуумовъ періодическая смѣна угнетенія и возбужденія составляетъ дѣло обычное. Это говоритъ въ пользу того предположенія, что круговое помѣшательство можно понимать, быть можетъ, какъ болѣе рѣзкое выраженіе такой патологической смѣны настроеній. Въ большинствѣ случаевъ періоды не переходятъ за предѣлы простаго меланхолическаго угнетенія (меланхоліи безъ бреда) и маніакальной экзальтаціи, причемъ, на этой по преимуществу дегенеративной основѣ болѣзни, часто приходится наблюдать резонирующій оттѣнокъ обоихъ состояній. Однакоже и болѣе тяжелыя формы меланхолическаго отупѣнія и неистовства съ идеями бреда и обманами чувствъ не составляютъ здѣсь особенной рѣдкости.

Идіопатическое періодическое помѣшательство въ видѣ бреда. Эта форма періодическаго помѣшательства протекаетъ въ видѣ обыкновеннаго бреда и отличается кратковременностью приступовъ. Постоянными признаками здѣсь являются: внезапность появленія и разрѣшенія приступа, глубокое разстройство сознанія, доходящее до степени сумеречнаго или сновиднаго состоянія его, безпорядочность (спутанность) бреда, который можетъ быть ипохондрическимъ, горделивымъ или бредомъ преслѣдованія, далѣе двигательныя разстройства, которыя проявляются въ видѣ импульсивно-автоматическихъ, насильственныхъ движеній въ мимикѣ, рѣчи, осанкѣ и въ дѣйствіи конечностями, движеній, возобновляющихся со стереотипнымъ однообразіемъ въ каждомъ приступѣ.

Періодическое помѣшательство, возникающее сочувственнымъ (симпатическимъ) образомъ. Здѣсь идетъ дѣло о состояніяхъ помѣшательства, которыя развиваются вслѣдствіе периферическихъ раздраженій, дѣйствующихъ на головной мозгъ по временамъ. Всего чаще такія раздраженія исходятъ изъ нервной системы половыхъ органовъ. Главнымъ поводомъ къ появленію такихъ пароксизмовъ часто повторяющагося помѣшательства, съ типически сходными всякій разъ припадками и теченіемъ, служатъ процессы менструаціи и рядомъ съ ними органическія страданія матки.

Періодическое менструальное помѣшательство. Наблюдаются приступы психическаго разстройства, связанные съ періодами и процессомъ менструаціи и выражающіеся частію въ ви-

дѣ психоза (маніи, рѣже меланхоліи), частію въ видѣ галлюцинаторнаго бреда. У большинства женщинъ, страдающихъ этимъ видомъ психическаго разстройства, существуетъ тяжкое наслѣдственное предрасположеніе, у всѣхъ безъ исключенія замѣчается невропатическая конституція и всѣ онѣ, или слабоумны отъ рожденія, или съ функціональными и даже соматическими признаками вырожденія. Съ другими видами періодическаго помѣшательства менструальное помѣшательство сходно въ томъ, что оно наступаетъ и оканчивается быстро, что отдѣльные приступы его до малѣйшихъ подробностей походятъ одинъ на другой, что личность больной во время приступа представляется совершенно другою, чѣмъ внѣ приступа и, наконецъ, что въ промежуткахъ между приступами у больныхъ замѣчаются разнообразные психическіе и нервные болѣзненные припадки.

Органическія болѣзни головнаго мозга съ преобладающими психическими симптомами.

Паралитическое слабоуміе. Между органическими болѣзнями мозга съ преобладаніемъ психическихъ разстройствъ выдающаяся роль по увеличивающейся частости появленія принадлежитъ такъ наз. параличу помѣшанныхъ (dementia paralytica, извѣстному въ просторѣчіи подъ названіемъ размягченія мозга).

Болѣзнь начинается всегда вступительнымъ періодомъ предвѣстниковъ, который можетъ длиться цѣлые годы. Признаки его бываютъ часто очень неопредѣленны, но въ общемъ несомнѣнно указываютъ на развивающуюся психическую слабость, которая выражается главнымъ образомъ поверхностностью душевнымъ волненій, уменьшенною энергіею стремленій, ослабленіемъ логики, критики сужденія, ослабленіемъ памяти, вообще—упадкомъ интеллектуальныхъ и этическихъ отправленій и глубокимъ разстройствомъ сознанія. Въ этомъ періодѣ болѣзни главною точкою опоры для клиническаго и судебно-медицинскаго изслѣдованія должно служить это рѣзкое измѣненіе этической стороны характера субъекта. Изученіе письменныхъ трудовъ изслѣдуемаго приводитъ часто къ открытію замѣчательныхъ явленій: обнаруживается, что больной пропускаетъ слова и буквы, дѣлаетъ ошибки въ числахъ и вычисленіяхъ, ставитъ неправильно знаки препинанія; замѣчается измѣненіе въ почеркѣ руки, который дѣлается расплывающимся, буквы принимаютъ болѣе косое положеніе, строки искривляются, бумага пачкает-

ся. Вслѣдъ за періодомъ предвѣстниковъ могутъ появиться или маніакальныя состоянія, или ипохондрическій бредъ или первичное возрастающее слабоуміе. Но всѣ эти состоянія, развившись на почвѣ паралитическаго слабоумія, пріобрѣтаютъ совершенно особый отпечатокъ, который позволяетъ отличать эти картины отъ сходныхъ съ ними состояній, образующихся не на основѣ психической слабости.

Маніакальныя состоянія, свойственныя общему возрастающему параличу, могутъ выражаться всѣми степенями психическаго возбужденія, начиная отъ простой маніакальной экзальтаціи и кончая сильнѣйшимъ неистовствомъ. Маніакальная экзальтація отличается отъ обыкновенной прежде всего тѣмъ, что, развиваясь изъ подозрительнаго періода предвѣстниковъ, при наличности двигательныхъ разстройствъ, она сопровождается чрезвычайно повышеннымъ самочувствіемъ, доходящимъ до появленія мимолетныхъ крайне нелѣпыхъ горделивыхъ идей бреда, страстью къ покупкамъ и пріобрѣтенію массы ненужныхъ вещей, безмысленными предпріятіями и проектами, склонностью къ спиртнымъ и въ особенности—половымъ излишествамъ. Тяжелое разстройство самообладанія у больныхъ, еще повидимому логично разсуждающихъ, сказывается уже при этомъ замѣчательною разнузданностью и непринужденностью въ удовлетвореніи половыхъ потребностей, равно какъ и полнѣйшимъ равнодушіемъ, когда такому больному указываютъ на все неприличіе его поведенія. Рядомъ съ этимъ существуютъ: поразительное разстройство сознанія и ошибки памяти, благодаря чему больные забываютъ имена и факты, сбиваются съ дороги, заходятъ въ чужіе дома, полагая, что это—ихъ собственный домъ, бросаютъ деньги на ничѣмъ неоправдываемыя поѣздки, совершаютъ поджоги, принимая напр. комодъ за очагъ и разводя въ немъ огонь и т. д. Часто это состояніе возбужденія сопровождается клептоманіей и въ такихъ случаяхъ: тупая наглость, выказываемая больными при похищеніи вещей и затѣмъ при отрицаніи совершенныхъ кражъ, также знаменательно свидѣтельствуетъ не о зломъ умыслѣ, а только о разсѣянности, разстройствѣ сознанія и ослабленіи памяти у больныхъ. Неистовство паралитиковъ бываетъ въ высшей степени сильнымъ: вой, крики, слѣпое стремленіе къ разрушенію, величайшая спутанность идей—все это явленія самыя обыкновенныя. Первичныя идеи величія отличаются чудовищностью и фантастичностью, заходятъ далеко за область

возможнаго, не стѣсняются никакими предѣлами времени и пространства. Больной называетъ себя богомъ, надъ богами богомъ, обладателемъ милліардовъ и алмазныхъ замковъ, въ одинъ и тотъ-же моментъ онъ и Наполеонъ и Ю. Цезарь и Бисмаркъ; недостижимаго и невозможнаго для него нѣтъ.

Ипохондрическія идеи у паралитиковъ также представляютъ особенности, отличающія ихъ отъ обыкновенной ипохондрической меланхоліи. Опять и здѣсь замѣчается та же черта чудовищности и крайней безсмыслицы, необходимо вытекающая изъ глубокаго разстройства сознанія и отсутствія критики. Бредъ обыкновеннаго ипохондрика вращается еще въ области возможнаго, для бреда-же паралитика не существуетъ никакого рубежа возможности.

Больные напр. говорятъ, что сдѣлались гораздо меньше, чѣмъ были прежде, или гораздо больше, или даже превратились въ треугольникъ, что ихъ голова, ихъ языкъ исчезли, ихъ органы изсохли, всѣ естественныя отверстія тѣла заросли и пр. И первичное возрастающее слабоуміе (Dementia primaria progressiva) при общемъ параличѣ тоже во многомъ отличается отъ обыкновеннаго слабоумія. Самочувствіе больныхъ и воспріятіе ими внѣшнихъ впечатлѣній здѣсь бываетъ не столь безразлично, какъ при обыкновенномъ слабоуміи, а напротивъ является возвышеннымъ, оптимистическимъ. Рано уже при этомъ обнаруживается глубокое разстройство сознанія относительно категорій времени, пространства и личности; больные ведутъ, по истинѣ, какое то просоночное существованіе. Но извѣстныя внѣшнія формы приличія, вѣжливости часто долгое время сохраняются у такихъ больныхъ и снаружи маскируютъ собою неизгладимый внутренній изъянъ. Разстройство памяти здѣсь также бываетъ особеннымъ: тогда какъ событія давнопрошедшія могутъ быть припоминаемы еще вѣрно, обстоятельства недавнія забываются въ ту-же минуту—таково это своеобразное состояніе слабости элементовъ представленія. Рядомъ съ этимъ измѣнчивымъ психическимъ теченіемъ, при паралитическомъ слабоуміи замѣчается множество разстройствъ преимущественно въ двигательной сферѣ. Выговоръ словъ дѣлается затрудненнымъ, замедленнымъ и неяснымъ; движенія рукъ—невѣрными и безпомощными, походка—также невѣрною, шаткою и нетвердою. Выраженіе лица становится похожимъ на маску, поразительно безсмысленнымъ. Языкъ, руки и губы постоянно дрожатъ, зрачки представляются неравномѣрными, то расширенными, то чрезмѣрно съуженными. Всѣ

эти двигательныя разстройства отличаются чрезвычайнымъ непостоянствомъ въ своей силѣ и распространенности: то они бываютъ едва замѣтны, то рѣзко выступаютъ на видъ, вообще обнаруживаютъ наклонность къ постепенному усиленію. Въ окончательномъ періодѣ болѣзни больные впадаютъ въ апатическое слабоуміе, вполнѣ утрачиваютъ всякое сознаніе времени и мѣста, ихъ рѣчь превращается въ совершенно непонятное бормотанье, въ безсвязный лепетъ, ходьба постепенно все болѣе и болѣе затрудняется, наконецъ дѣлается совершенно невозможною, руки отказываются служить вслѣдствіе утраты двигательныхъ (волевыхъ) импульсовъ, такъ что больныхъ приходится кормить и няньчить, какъ маленькихъ дѣтей. Судебно-медицинское обсужденіе случаевъ вполнѣ развивавшагося слабоумія не затруднительно. Вышеупомянутыя особенности того состоянія, въ которомъ находится сознаніе подобныхъ больныхъ, сообщаютъ и механизму ихъ дѣяній совершенно особый отпечатокъ. Эти дѣянія совершаются ими съ тою замѣчательною наглостію, звѣрствомъ, безцеремонностію, такъ неискусно, настолько лишены какого бы то ни было плана, что только и можно объяснить ихъ состояніемъ слабоумія и разстройствомъ сознанія. Но когда дѣло идетъ о начальномъ періодѣ болѣзни или о періодѣ маніакальнаго возбужденія (здѣсь чаще всего паралитики сталкиваются съ уголовнымъ закономъ),—то болѣзненное состояніе такихъ субъектовъ, къ сожалѣнію, слишкомъ часто остается неузнаннымъ.

Сифилисъ головнаго мозга (Lues cerebralis). Заболѣвающіе этимъ страданіемъ индивидуумы дѣлаются угрюмыми поразительно впечатлительными, печальными, часто впадаютъ въ ипохондрическое настроеніе. Память, сообразительность и способность къ умственнымъ отправленіямъ слабѣютъ у нихъ, при умственной дѣятельности быстро наступаетъ утомленіе, проявленія чувства тупѣютъ. Послѣ, коротко или долго, продолжающихся предвѣстниковъ такого рода, первое проявленіе вполнѣ развитой болѣзни можетъ выразиться приступомъ сильнаго неистовства или чувственнаго бреда съ жестокою тоскою и устрашающимъ содержаніемъ галлюцинацій. Послѣ затиханія, вполнѣ или отчасти, этихъ симптомовъ взрыва болѣзни, развивается картина первичнаго прогрессивнаго или паралитическаго слабоумія. Въ теченіи этого возрастающаго слабоумія могутъ временно появля-

ться самыя разнообразныя картины первичнаго бреда преслѣдованія и величія, чувственнаго бреда, иногда—глубокаго помраченія сознанія, равно какъ и приступы тяжелаго неистовства, похожіе порою даже на острый бредъ. Эрленмейеръ придаетъ значеніе главнымъ образомъ отрывочности (частичности) психическихъ изъяновъ при мозговомъ сифилисѣ; такъ напр. больные утрачиваютъ способность считать или разучиваются говорить на отлично знакомомъ прежде иностранномъ языкѣ, какъ будто-бы никогда подобными свѣдѣніями и не обладали. Частый видъ разстройства сознанія, по Гейбнеру, представляютъ у сифилитиковъ особенныя состоянія сонливости, даже спячки и спутанности идей, похожей на опьянѣніе,—состоянія, изъ которыхъ больной, минутами, пробуждается и приходитъ въ себя, подобно здоровому человѣку, находящемуся въ тяжелыхъ просонкахъ.

Въ теченіи мозговаго сифилиса характерной чертой является чрезвычайно неправильная смѣна отдѣльныхъ рядовъ симптомовъ и временныхъ состояній, какую можно наблюдать развѣ еще только при истерикѣ.

Хроническій алкоголизмъ. Подъ названіемъ хроническаго алкоголизма (alcoholismus chronicus, Trunksucht) понимаются вообще всѣ тѣ психическія и физическія упорныя явленія вырожденія, которыя обусловливаются продолжительнымъ привычнымъ злоупотребленіемъ алкоголемъ. На почвѣ припадковъ хроническаго алкоголизма встрѣчается рядъ временныхъ, осложняющихъ пораженій мозга, изъ которыхъ нѣкоторыя имѣютъ огромную практическую важность. Это суть: 1) бѣлая горячка, 2) патологическія состоянія опьянѣнія, 3) скоротечные обманы чувствъ, 4) алкогольные психозы и 5) алкогольная эпилепсія.

Бѣлая горячка или запойный бредъ (Delirium tremens). Страданіе это наблюдается только у лицъ, привычно преданныхъ злоупотребленію алкоголемъ. Настоящій пароксизмъ состоитъ изъ ряда функціональныхъ разстройствъ въ психической, двигательной (дрожаніе въ пальцахъ рукъ, языкѣ, иногда распространяется на лицевые мышцы и конечности) и растительной сферахъ организма. При упорной безсонницѣ, общемъ психическомъ возбужденіи, частыхъ вздрагиваніяхъ въ испугѣ, возрастающей возбудимости органовъ чувствъ и формальныхъ разстройствахъ мыслительнаго процесса, которыя самъ больной описываетъ, какъ

неспособность удержать наплывъ идей,—какъ полную сумятицу въ головѣ,—дѣло доходитъ до помраченія сознанія и бреда; впрочемъ помраченіе здѣсь бываетъ всегда только поверхностнымъ, похожимъ на просоночную грёзу. Бредъ вращается преимущественно на галлюцинаціяхъ. Галлюцинаціи имѣютъ устрашающее содержаніе и состоятъ, по преимуществу, въ видѣніи животныхъ и именно за разъ цѣлой массы ихъ, напр. множества лошадей, собакъ, крысъ, мышей и т. п. Больному кажется, что животныя эти нападаютъ на него, окружаютъ его со всѣхъ сторонъ, цѣпляются за его платье, бросаются, хватаютъ и кусаютъ его. Кромѣ того больному видятся уродливые образы людей и бѣсовъ, отвратительныя рожи и пр.—и всегда en masse. Появляются также и слуховыя галлюцинаціи въ видѣ неясныхъ звуковъ, отдаленнаго гула и шума или же въ видѣ голосовъ угрожающаго и, нерѣдко также, циничнаго содержанія. Иллюзіи тоже нерѣдки, причемъ больной принимаетъ за животныхъ случайныя пятна и трещины на стѣнѣ, рисунки обоевъ и т. п. Благодаря ужасающему содержанію обмановъ чувствъ, больной можетъ приступать къ насильственнымъ дѣйствіямъ, направленнымъ противъ собственной жизни или противъ окружающихъ лицъ.

Патологическія состоянія опьянѣнія. Пьяницы, по мѣрѣ возрастанія у нихъ мозговаго перерожденія, становятся все менѣе и менѣе выносливыми относительно алкоголя и дѣйствіе этого послѣдняго, даже при сравнительно небольшихъ излишествахъ, обнаруживается у нихъ необыкновенно сильно, въ видѣ отупѣнія, но чаще — въ видѣ явленій мозговаго раздраженія — бреда, доходящаго до приступовъ скоропреходящаго неистовства (Mania ebriosa). Такой патологическій способъ реакціи на алкоголь встрѣчается, однакоже, не только при хроническомъ алкоголизмѣ, но и при другихъ условіяхъ, а именно: а) при врожденномъ, большею частью наслѣдственномъ, тяжкомъ болѣзненномъ предрасположеніи мозга, б) при тяжелыхъ заболѣваніяхъ и внѣшнихъ насиліяхъ на мозгъ или-же при не вполнѣ еще развитыхъ мозговыхъ болѣзняхъ, (dementia paralytica, epilepsia) в) патологическая реакція мозга можетъ быть явленіемъ временнымъ, вызваннымъ болѣзнетворными вліяніями, случайно совпадающими съ алкогольнымъ эксцессомъ и усиливающими вліяніе алкоголя. Сюда принадлежатъ наркотическія вещества,

эфирныя масла, содержащіяся въ напиткѣ, рѣзкія вліянія температуры, общее возбужденіе организма вслѣдствіе усиленнаго движенія (напр. танцевъ), главнымъ-же образомъ—сильныя душевныя волненія. Подобныя патологическія состоянія опьянѣнія очень важны въ судебно-медицинскомъ отношеніи. Они значительно отличаются отъ обыкновеннаго опьянѣнія: 1) Между количествомъ выпитаго спиртнаго напитка и дѣйствіемъ послѣдняго существуетъ здѣсь несоотвѣтствіе, благодаря усиливающему вліянію внутренних органическихъ или случайныхъ внѣшнихъ условій. 2) Временное отношеніе причины къ дѣйствію здѣсь происходитъ не такъ, какъ при обыкновенномъ опьянѣніи, и именно не замѣчается обычнаго постепеннаго усиленія симптомовъ опьянѣнія. Патологическое состояніе опьянѣнія обнаруживается или тотчасъже, при самомъ началѣ относительнаго спиртнаго излишества, или спустя довольно долгое время послѣ окончанія возліяній, вслѣдствіе какого либо момента—всего чаще аффекта. 3) Существуетъ и качественное различіе этихъ состояній отъ обыкновеннаго опьянѣнія. При нихъ встрѣчается болѣе или менѣе связный бредъ, глубоко разстроенное обманами чувствъ воспріятіе, маніакальныя явленія съ мимовольными дѣйствіями, доходящими до взрывовъ слѣпого бѣшенства и неудержимаго стремленія къ разрушенію. Движенія здѣсь бываютъ не такими нетвердыми, шаткими, какъ у охмѣлѣвшаго человѣка, они, напротивъ того, имѣютъ маніакальный отпечатокъ,—вѣрны, сильны и энергичны. Глубокому разстройству сознанія соотвѣтствуетъ полное отсутствіе воспоминанія за все время пароксизма. Нерѣдко, во время такого пароксизма, больные совершаютъ тяжкія насильственныя дѣйствія.

Скоропреходящіе обманы чувствъ у пьяницъ. Большое предрасположеніе пьяницъ къ обманамъ чувствъ, въ особенности—мнимоощущеніямъ зрѣнія, извѣстно. Обыкновенно эти мнимоощущенія бываютъ выражены только элементарнымъ и отрывочнымъ образомъ въ картинѣ болѣзни, но въ рѣдкихъ случаяхъ они появляются цѣлыми массами, въ видѣ связнаго галлюцинаторнаго бреда. Элементами такого бреда служатъ галлюцинаціи зрѣнія и слуха съ устрашающимъ содержаніемъ. Сознаніе помрачено, походитъ на сонную грёзу; поэтому больной правильно отнестись къ своимъ галлюцинаціямъ не можетъ, но у

него можетъ остаться общее смутное воспоминаніе о событіяхъ за время болѣзни. Тяжкія насильственныя дѣйствія, обусловленныя искаженіемъ внѣшнихъ впечатлѣній, галлюцинаціями и иллюзіями, возможны и здѣсь.

Алкогольные психозы.

а) *Алкогольная меланхолія.* Появляется внезапно и характеризуется значительнымъ помраченіемъ сознанія, многочисленными галлюцинаціями, сильной предсердечной тоской съ приступами меланхолическаго порыва и попытками на самоубійство, имѣющими часто совершенно импульсивный характеръ. Разрѣшеніе также быстро какъ и начало, съ очень неяснымъ воспоминаніемъ о происшедшемъ, причемъ перенесенная болѣзнь кажется выздоровѣвшему какимъ-то страшнымъ сномъ. При такомъ бурномъ ходѣ болѣзненныхъ припадковъ дѣло не доходитъ до систематизаціи бреда. Наблюдаемыя здѣсь галлюцинаціи суть отчасти голоса съ обвиняющимъ содержаніемъ (убійца, воръ, половыя обвиненія, напр. въ зараженіи сифилисомъ), отчасти-же—видѣнія (призраки въ бѣломъ одѣяніи, черти, страшныя рожи, животныя—большею частью во множествѣ.

b) *Mania gravis potatorum.* Болѣзнь быстро достигаетъ высоты неистовства или же проходитъ черезъ періодъ маніакальнаго возбужденія. Это послѣднее отличается отъ обыкновенной маніакальной экзальтаціи крайне повышеннымъ самочувствіемъ, сильнѣйшею раздражительностью характера, доходящею до звѣрскихъ жестокостей противъ окружающихъ лицъ, наклонностью къ бахвальству, ненужнымъ покупкамъ, часто также — эротизмомъ, для удовлетворенія котораго больные не щадятъ собственныхъ дочерей и бросаются на женщинъ даже на улицахъ. На высотѣ развитія неистовства, о тяжелой органической природѣ процесса можно судить по такимъ явленіямъ, какъ величайшая спутанность идей, полное разстройство сознанія, чудовищно повышенное самочувствіе и почти исключительно импульсивные двигательные акты. Двигательные акты такихъ неистовыхъ больныхъ характеризуются крайнею жестокостью и стремленіемъ къ разрушенію, воемъ, крикомъ, буйствомъ, уничтоженіемъ всего, что попадетъ подъ руку.

с) *Алкогольный бредъ преслѣдованія.* Психозъ появляется внезапно съ ужасающими галлюцинаціями слуха и зрѣнія.

Галлюцинаціи наблюдаются и въ случаяхъ сумашествія съ бредомъ преслѣдованія, происходящихъ не вслѣдствіе алкоголизма, но тогда онѣ появляются только по временамъ и не оказываютъ никакого существеннаго вліянія на систему бреда, складывающуюся у больнаго инымъ путемъ, между тѣмъ какъ при алкоголической формѣ онѣ играютъ болѣе видную роль, оцѣниваются сознаніемъ въ извѣстномъ смыслѣ и обнаруживаютъ извѣстное постоянство. Онѣ имѣютъ, по преимуществу, устрашающее содержаніе и ведутъ къ жестокой реактивной тоскѣ. Поразительно часто галлюцинаціи слуха имѣютъ циничное содержаніе: больные слышатъ обидныя замѣчанія относительно состоянія своихъ половыхъ органовъ или-же обвиненія и угрозы половаго свойства (педерастъ, скотоложецъ, онанистъ и пр.). Содержаніе идей преслѣдованія тоже бываетъ, во многихъ случаяхъ, половаго свойства, вращается на бредѣ супружеской невѣрности или на нелѣпомъ убѣжденіи въ гнусномъ развратѣ окружающихъ лицъ, а далѣе къ этому присоединяются и другія идеи съ характеромъ преслѣдованія вообще (убѣжденіе въ томъ, что грозитъ неминуемая смерть, что обокрали и т. д.).

d) *Алкогольный параличъ*. Иногдо хроническій алкоголизмъ принимаетъ исходъ въ паралитическое слабоуміе. Хотя это послѣднее въ этіологическомъ отношеніи не имѣетъ ничего общаго съ алкогольными эксцессами, картина болѣзни остается та-же. Только здѣсь замѣчается относительная рѣдкость бреда величія, слѣды прежде существовавшаго бреда супружеской невѣрности и частыя зрительныя галлюцинаціи съ очевиднымъ алкоголическимъ оттѣнкомъ.

e) *Алкогольная эпилепсія*. Измѣненія мозга, обусловленныя спиртными излишествами, могутъ вести также и къ эпилепсіи. Заслуживаетъ вниманія способъ проявленія эпилептическихъ приступовъ. Они возвращаются черезъ большіе промежутки времени, но за то цѣлыми серіями и въ связи съ алкогольнымъ эксцессомъ. Сплошь и рядомъ за такими серіями припадковъ слѣдуютъ психическія разстройства, въ видѣ delirium epilepticum или сновиднаго, или-же ступорознаго омраченія сознанія. Съ наступленіемъ этой алкогольной эпилепсіи, интеллектуальное вырожденіе больныхъ быстро подвигается впередъ.

Старческое слабоумiе (Dementia senilis). Въ преклонномъ возрастѣ мозгъ подвергается, — главнымъ образомъ вслѣдствiе разстройствъ кровообращенiя и питанiя, регрессивному метаморфозу, который служитъ только частнымъ проявленiемъ общаго процесса увяданiя организма. Тогда какъ въ сферѣ растительныхъ отправленiй этотъ процессъ выражается такъ называемымъ старческимъ одряхлѣнiемъ—органическое измѣненiе мозга, съ своей стороны, проявляется перемѣною умственнаго склада и характера человѣка. Человѣкъ со старѣющимъ мозгомъ становится осторожнѣе въ своихъ намѣренiяхъ и сужденiяхъ, способность умственнаго усвоенiя у него уменьшается, воображенiе не имѣетъ уже той пылкости и свѣжести, какъ въ молодые годы, мышленiе происходитъ медленнѣе, память слабѣетъ; кругъ идей дѣлается болѣе ограниченнымъ, воля—не столь твердою, болѣе уступчивою, чѣмъ прежде. Старикъ живетъ преимущественно своимъ прошлымъ, онъ консервативенъ, ничему новому не довѣряетъ,—эгоистъ и laudator temporis acti (Легранъ дю Солль), но такое старческое измѣненiе характера часто не останавливается на этомъ—развивается картина старческаго бреда преслѣдованiя или старческой манiи съ исходомъ къ слабоумiю или же это послѣднее, въ видѣ первичнаго, прогрессивнаго слабоумiя, обнаруживается непосредственно. Тогда дѣло быстро доходитъ до тяжелаго разстройства памяти, которое касается главнымъ образомъ недавняго времени; иногда совершенно изглаживаются изъ воспоминанiй только событiя послѣднихъ десятилѣтiй, такъ что больные живутъ всецѣло своимъ давнопрошедшимъ. Обнаруживается глубокое разстройство сознанiя, равномѣрно обнимающее категорiи времени и пространства. Больные забываютъ, гдѣ находятся, не узнаютъ знакомыхъ улицъ, даже комнатъ собственнаго жилья, затериваютъ свои вещи и потомъ считаютъ себя обворованными, присвоиваютъ себѣ чужую собственность и т. п. Въ теченiи представленiй замѣчается безсвязность и разсѣянность, настроенiе становится крайне измѣнчивымъ: ребяческая веселость и смѣхъ вдругъ смѣняются перiодами глубоко угнетеннаго настроенiя, часто съ ипохондрическимъ оттѣнкомъ, которое доходитъ до отвращенiя къ жизни. Сонъ большею частiю разстроенъ. Причиною ночнаго безпокойства служатъ тоскливыя ощущенiя, отрывочныя идеи преслѣдованiя и обманы чувствъ.

Острый бредъ (Delirium acutum). Подъ этимъ наименованіемъ, указывающимъ на особенно выдающійся симптомъ въ картинѣ болѣзни и на ея теченіе, психіатрія разумѣетъ тяжелое мозговое пораженіе, большею частью съ смертельнымъ исходомъ,— такую совокупность припадковъ, въ которой, рядомъ съ глубокими разстройствами двигательной сферы и общаго состоянія, на первомъ планѣ стоятъ такія же разстройства психической сферы.

Переходъ въ періодъ высшаго развитія болѣзни совершается внезапно. Вначалѣ картина можетъ не выходить изъ предѣловъ гнѣвнаго неистовства (въ особенности тамъ, гдѣ вызывающею причиною послужилъ гнѣвный аффектъ) но затѣмъ она получаетъ все болѣе и болѣе отпечатокъ безсвязнаго бреда и движеній насильственныхъ, органически обусловленныхъ, и служитъ выраженіемъ крайняго раздраженія психическихъ и психомоторныхъ центровъ. Ходъ идей при этомъ въ высшей степени быстрый и безпорядочный; представленія связываются одно съ другимъ, только по созвучію или сходству словъ. Бредъ становится крайне бесвязнымъ и на высотѣ возбужденія выражается только отрывочными словами, слогами и воплями. Онъ бываетъ преимущественно тоскливаго, ужасающаго свойства. Больные большею частью бредятъ о погибели міра, всеобщемъ уничтоженіи, смерти, отравленіи. Они видятъ, какъ все кругомъ ихъ рушится, горитъ, какъ они сами неминуемо будутъ погребены подъ развалинами. По временамъ появляются необъяснимыя внѣшними поводами грезы величія. Необыкновенно часто наблюдаются видѣнія крови и огня. Какъ явленія двигательной реакціи, больными обнаруживаются отчаянныя попытки избѣжать грозящей бѣды. Эти двигательные акты хотя и психически обусловлены, но тѣмъ не менѣе, благодаря глубокому разстройству сознанія, носятъ своебразную печать безцѣльности. Тамъ, гдѣ больные, перенесшіе острый бредъ, остаются въ живыхъ, проходятъ цѣлые мѣсяцы, пока они оправятся, да и вообще изъ этого тяжелаго болѣзненнаго процесса мозгъ, повидимому, никогда не выходитъ безъ постоянно остающейся легкой умственной слабости и усиленной раздражительности чувства:

Состоянія психическаго недоразвитія.

Идіотизмъ и кретинизмъ. Отъ собственно такъ называемыхъ душевныхъ болѣзней должно отличать группу разстройствъ пси-

хическихъ отправленій, которая главнымъ образомъ характеризуется тѣмъ, 1) что здѣсь душевная жизнь воспрепятствована органическими процессами во всей цѣлости или преимущественно въ ея интеллектуальныхъ отправленіяхъ; 2) что это воспрепятствованіе наступаетъ прежде достиженія мозгомъ зрѣлости развитія и потому дальнѣйшій прогрессъ умственной жизни задерживается; 3) что при этой аномаліи психическихъ отправленій часто встрѣчаются также и тѣлесные признаки нарушеннаго развитія (зобъ и т. п.), которые отчасти объясняются тѣми же самыми патолого-анатомическими измѣненіями или тою же причиною, какъ и разстройства психическихъ функцій. Эта группа „состояній психическаго недоразвитія" извѣстна подъ именемъ идіотизма, съ его безчисленными переходными ступенями, крайнимъ предѣломъ которыхъ съ одной стороны является врожденное совершенное безуміе (amentia congenita), среднею же ступенью служитъ такъ называемое тупоуміе (imbecillitas), различныя индивидуальныя проявленія котораго переходятъ незамѣтными оттѣнками въ противоположный крайній предѣлъ—въ состоянія слабоумія (dementia), иногда такъ неясно выраженныя, что ихъ уже трудно отличить отъ нормальной еще ступени психическаго здоровья. Отдѣльнымъ проявленіемъ идіотизма должно считать тѣ извѣстные случаи врожденнаго отсутствія или недостаточности психическихъ отправленій, въ которыхъ, наряду съ психическими разстройствами,—конечно, вслѣдствіе особенныхъ болѣзнетворныхъ вліяній,—замѣчаются очевидные и сильно выраженные признаки тѣлеснаго вырожденія. Такія состоянія называются кретинизмомъ. Какъ особенную этіологическую разновидность кретинизма, можно разсматривать такъ называемый альпійскій кретинизмъ, своеобразность котораго должна быть отнесена на счетъ извѣстныхъ почвенныхъ вредныхъ вліяній. Патолого-анатомическіе процессы встрѣчаемые при идіотизмѣ: врожденныя уклоненія отъ нормальнаго типа развитія мозга, общая и частная атрофія этого органа, различныя аномаліи черепа (въ особенности микроцефалія), неправильное развитіе тѣла вообще, главнымъ же образомъ костной системы. Раздѣленіе состояній идіотизма и кретинизма (въ индивидуальномъ отношеніи безконечно разнообразныхъ) по степени умственнаго убожества—трудно провести; можно только различать съ клинической точки зрѣнія двѣ степени идіотизма: 1) *состояніе полнаго идіотизма или безумія* (amentia, Blödsinn), гдѣ вообще отсут-

ствуетъ образованіе отвлеченныхъ представленій, понятій и сужденій, а вмѣстѣ съ тѣмъ и соотвѣтствующій имъ запасъ словъ и 2) *состоянія врожденнаго слабоумія или тупоумія* (imbecillitas, fatuitas, Schwachsinn), гдѣ эта способность, хотя въ ограниченной мѣрѣ и существуетъ, но никогда не достигаетъ той высоты и того объема, какъ у средняго нормальнаго человѣка. На самой глубокой степени безумія (такъ называемое апатическое безуміе), гдѣ уже не пробуждаются никакія чувственныя представленія, двигательная сторона жизни ограничивается чистыми рефлексами и автоматическими актами, къ которымъ изрѣдка присоединяются еще безцѣльное мышечное безпокойство и влеченіе удовлетворить голодъ. Такой безумный стоитъ уже ниже животнаго, такъ какъ не въ состояніи различать пригодныя для ѣды вещества и безъ посторонней помощи погибъ бы съ голоду. Но и у нѣсколько выше стоящаго, по своей организаціи, безумнаго психическіе процессы отсутствуютъ почти совершенно. Къ проблескамъ чувства безумный вполнѣ неспособенъ; сочувствіе къ людямъ и соціальныя чувствованія—ему неизвѣстны, равно какъ не ощущаетъ онъ и потребности общественной жизни; онъ только пользуется благодѣяніями совмѣстной жизни съ другими людьми, но самъ не обладаетъ ни малѣйшимъ этическимъ пониманіемъ ея значенія. Реакція у него возможна только въ одномъ направленіи, это когда его, крайне бѣдное содержаніемъ, „я" испытываетъ какое либо внѣшнее препятствіе. Безумный реагируетъ тогда сильными гнѣвными аффектами, неудержимыми, безцѣльными и проявляющимися самымъ звѣрскимъ образомъ. Они имѣютъ отпечатокъ пароксизмовъ слѣпаго бѣшенства, при которыхъ сознаніе совершенно исчезаетъ и о которыхъ индивидуумъ потомъ ничего не помнитъ. Иногда у безумныхъ случаются и самостоятельно возникающія, даже періодическія, вспышки буйства подъ вліяніемъ приливныхъ гиперэмій мозга, въ особенности, если существуетъ съуженіе внутри черепнаго пространства. Въ большинствѣ случаевъ уголовныя дѣянія безумныхъ обусловливаются такими патологическими аффектами, подъ вліяніемъ которыхъ ими совершаются крайне звѣрскимъ образомъ убійства, истязанія; къ преступленіямъ, совершаемымъ по опредѣленному плану, требующимъ обдуманности, разсчета безумный неспособенъ.

Какъ бы ни были различны степени безумія, разграничительною чертою ихъ отъ тупоумія служатъ всегда: полная зависимость

существующихъ у безумнаго отрывочныхъ и скудныхъ представленій отъ чувственнаго элемента и, во вторыхъ, абсолютная неспособность къ образованію изъ этихъ представленій рѣшительно никакихъ отвлеченныхъ идей,—понятій и сужденій. У тупоумнаго мы также находимъ во многомъ недостаточную душевную дѣятельность; тупоумный воспринимаетъ впечатлѣнія медленнѣе, чѣмъ нормальный человѣкъ и многія чувственныя воспріятія совершено ускользаютъ отъ него. Образованіе отвлеченныхъ понятій и сужденій совершается поэтому съ большимъ трудомъ. Такая же недостаточность, какую мы находимъ въ сферѣ интеллектуальной, обнаруживается здѣсь и въ сферѣ нравственной. Тупоумный—всегда эгоистъ; счастье и горе ближнихъ не трогаютъ его; только матеріальный ущербъ, наносимый его собственной личности, вызываетъ въ немъ бурные аффекты, легко переступающіе тогда за предѣлы нормы. Радостныя душевныя волненія переходятъ у тупоумнаго въ безумную распущенность, волненія же угнетающія—въ бѣшенство и растерянность, которая особенно легко возникаетъ изъ аффекта страха и выражается тогда въ дикомъ ужасѣ. Почти всѣ эстетическія, религіозныя и правовыя понятія у тупоумнаго суть только затверженныя и автоматически повторяемыя сужденія, которыя, къ тому-же, во всякомъ данномъ случаѣ, пробуждаются въ сознаніи съ пробѣлами. Хотя пониманіе права и обязанности иногда, повидимому, и можетъ быть довольно хорошо развито у нѣкоторыхъ тупоумныхъ, но оно никогда не опирается у нихъ такъ глубоко на нравственныя чувствованія и воззрѣнія, коренящіяся въ самомъ характерѣ человѣка, какъ у людей психически-нормальныхъ. Не во всѣхъ слабоумныхъ слѣдуетъ отрицать способность ко вмѣненію. Сообразно со степенью развитія ихъ правоваго сознанія и хотя бы слабаго характера, они способны къ правовой отвѣтственности, причемъ однако не слѣдуетъ забывать, что характеръ ихъ слабъ, нравственное чувство развито крайне недостаточно, сознаніе правоваго значенія дѣянія и его возможныхъ послѣдствій ограниченно, что они наклонны къ эксцессамъ въ чувственныхъ стремленіяхъ (особенно половому), причемъ стремленія эти не уравновѣшиваются у нихъ слабыми нравственными противодѣйствующими мотивами. При этомъ ассоціація идей и вообще весь процессъ образованія и развитія представленій совершается лѣниво, сдерживающіе мотивы проявляются слабо, запаздываютъ, такъ что ихъ *я* легко побѣждается чувствен-

нымъ побужденіемъ и увлекается къ совершенію дѣянія прежде чѣмъ тѣ мотивы успѣютъ заявить себя. Если вообще можетъ быть допускаема только уменьшенная юридическая отвѣтственность слабоумныхъ, то послѣдняя должна низводиться до minimum'а если не падать до нуля, какъ скоро на почвѣ слабоумія развивается аффектъ, вызывающій совершеніе наказуемаго дѣянія.

Глухонѣмота, съ точки зрѣнія вмѣненія, должна стоять на одной ступени съ безуміемъ, если глухонѣмой не получилъ никакого образованія, въ противномъ же случаѣ и если притомъ образованіе было успѣшно, глухонѣмой долженъ быть приравниваемъ къ слабоумному, такъ какъ и самое лучшее образованіе не можетъ возмѣстить пробѣлъ, образуемый въ духовной жизни глухонѣмаго невозможностію для него воспользоваться посредствующимъ элементомъ рѣчи для обмѣна содержанія собственнаго сознанія съ такимъ же содержаніемъ другихъ людей. Замѣна словесной рѣчи мимическою, правда, даетъ возможность довести нѣкоторыхъ глухонѣмыхъ до развитія годныхъ ремесленниковъ, сдѣлать для нихъ доступнымъ пользованіе письменнымъ языкомъ, но все это никогда не возвыситъ ихъ до степени человѣка, обладающаго всѣми природными чувствами. Поэтому предположеніе въ обвиняемомъ глухонѣмомъ способности ко вмѣненію не должно имѣть мѣста и необходима всегда судебно-медицинская exploratio mentalis.

Состоянія болѣзненной безсознательности.

Кромѣ такъ называемыхъ, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, душевныхъ болѣзней существуетъ цѣлый рядъ разстройствъ психической жизни, по большей части преходящихъ, однако уничтожающихъ правовую отвѣтственность.

Сюда относятся: 1) *сонныя состоянія*: *тяжелыя просонки* (somnolentia, Schlaftrunkenheit) и то особенное состояніе нервной системы, которое обыкновенно называется лунатизмомъ (снохожденіе, somnambulismus). Процессы сновидѣнія представляютъ аналогію съ помѣшательствомъ. Въ обоихъ этихъ состояніяхъ продукція представленій происходитъ преимущественно вслѣдствіе внутренняго самороднаго возбужденія, тогда какъ эта продукція въ бодрствующемъ и умственно здоровомъ состояніи обусловливается внѣшними воспріятіями и сочетаніемъ идей; у грезящаго во снѣ, какъ и у помѣшаннаго, случайныя впечатлѣнія, проникающія въ со-

знаніе изъ внѣшняго міра или изъ органовъ собственнаго тѣла субъекта, подвергаются фантастической переработкѣ и фантастическому преувеличенію; при этомъ какъ тотъ, такъ и другой,— переживая самыя абсурдныя, самыя противоположныя обстоятельства, нисколько не сомнѣваются въ ихъ реальности. Дальнѣйшее сходство заключается въ наблюдаемомъ въ обоихъ случаяхъ раздвоеніи личности: въ сонной грёзѣ, какъ и въ помѣшательствѣ, мы, наши собственныя, но контрастическія представленія, влагаемъ въ другихъ лицъ. Не должно забывать, что наши сонныя грёзы бываютъ всего живѣе тогда, когда мы находимся въ полуснѣ. Пробужденіе отъ сна походитъ во многомъ на процессъ выздоровленія отъ помѣшательства. Какъ въ томъ такъ и въ другомъ случаѣ иногда оно бываетъ внезапное; у проснувшагося или больнаго какъ будто повязка спадаетъ съ глазъ и ему вдругъ дѣлается ясно, что онъ спалъ или бредилъ, но чаще это сознаніе наступаетъ медленно и только мало по малу просоночныя грёзы блѣднѣютъ предъ выступающими на первый планъ образами яснаго сознанія, такъ что просыпающійся (какъ и выздоравливающій) только путемъ труднаго и тягостнаго процесса самоуясненія, путемъ борьбы между фантастическимъ и реальнымъ мірами представленій, доходитъ до сознанія дѣйствительности. Но такъ какъ въ этомъ промежуточномъ состояніи сонныя представленія могутъ уже реагировать на двигательную сферу человѣческаго организма, то лицами, находящимися въ просонкахъ, могутъ быть совершаемы насильственныя дѣйствія надъ окружающими, являющимися имъ какъ бы во снѣ. Что дѣянія, совершенныя въ подобномъ положеніи, невмѣняемы, въ томъ не можетъ быть никакого сомнѣнія, но само собою разумѣется, что дѣяніе должно совпадать съ моментомъ пробужденія.

Лунатизмъ есть нервная болѣзнь, вѣроятно, лишь частное явленіе другихъ неврозовъ (эпилепсіи, истеріи), встрѣчающаяся по преимуществу въ юношескомъ возрастѣ, а именно во время развитія половой зрѣлости. Состояніе ночнаго блужданія характеризуется тѣмъ, что при полной потерѣ самосознанія, вслѣдствіе самородной дѣятельности мозга, воспроизводятся, какъ-бы во снѣ, представленія и чувственныя картины, переходъ которыхъ въ движеніе однако нисколько не стѣсненъ, такъ что вполнѣ возможно соотвѣтствующее цѣли и сообразное съ сонными представленіями движеніе; но въ тоже время воспріятіе впечатлѣній

посредствомъ внѣшнихъ чувствъ совершенно утрачивается или же ограничивается объектами, соотвѣтствующими содержанію, наполняющему сонное сознаніе. Больной не сознаетъ этихъ движеній; они суть акты чисто автоматическіе. О прожитомъ въ такомъ снѣ и конечно о всѣхъ реальныхъ событіяхъ, совершившихся во время такого сна, по пробужденіи, не сохраняется никакихъ воспоминаній или же дѣйствительныя событія представляются лунатику видѣнными во снѣ. Иногда воспоминаніе о совершенномъ въ прежнихъ припадкахъ возобновляется во время послѣдующихъ, такъ что является особенное состояніе двойной жизни и двойнаго сознанія. Нерѣдко припадки появляются въ теченіи многихъ лѣтъ, повторяются почти ежедневно и въ опредѣленные часы, имъ предшествуетъ всегда сонъ, а иногда и легкія конвульсіи, или каталептическій столбнякъ мускуловъ. Припадокъ разрѣшается или состояніемъ обыкновеннаго сна, или же, когда онъ прерванъ какими-либо внѣшними или внутренними причинами, переходитъ въ болѣе или менѣе продолжающееся состояніе, похожее на просонки, и затѣмъ уже въ бодрствованіе. Совершеніе дѣяній вполнѣ цѣлесообразно нисколько не исключаетъ лунатизма, такъ какъ сонныя грёзы суть иногда простое воспроизведеніе обычныхъ группъ представленій жизни на яву. Никогда о событіяхъ, относящихся ко времени припадка, лунатикъ не вспоминаетъ какъ о чемъ либо пережитомъ, а развѣ лишь какъ о видѣнномъ имъ во снѣ, обыкновенно же у него не остается никакихъ воспоминаній, точно послѣ глубокаго сна.

2) *Состоянія отравленія.* Сюда относятся измѣненія, производимыя въ психическихъ функціяхъ употребленіемъ алкоголя или наркотическихъ веществъ, возбуждающія иногда вопросъ о правовой отвѣтственности. Состояніе опьянѣнія является въ сущности искусственно произведеннымъ помѣшательствомъ, представляя самую близкую и вмѣстѣ съ тѣмъ самую широкую его аналогію, обнимающую всѣ формы умственнаго разстройства, начиная съ тѣхъ легкихъ меланхолическихъ состояній, которыя извѣстны подъ именемъ „пьянаго горя“ (trunkenes Elend) или „пьяныхъ слезъ“ и кончая высшими степенями полнаго прекращенія психическихъ функцій, состояніями, тяжелѣе которыхъ мы не встрѣчаемъ ничего и въ послѣднихъ періодахъ слабоумія (terminaler Blödsinn). Въ большинствѣ случаевъ вліяніе алкоголя обнаружи-

вается въ началѣ въ видѣ легкаго маніакальнаго возбужденія. Всѣ тѣлесныя и умственныя отправленія при этомъ усиливаются, теченіе идей облегчается. Возвышенное самочувствіе ведетъ къ самоувѣренности, смѣлымъ выходкамъ, веселости, потребность въ мышечномъ движеніи, настоящее неодолимое стремленіе двигаться проявляется въ разнаго рода шутливыхъ и часто безцѣльныхъ дѣйствіяхъ; здѣсь еще сохраняется нѣкоторое самообладаніе, законы приличія, формы и обычаи еще сознаются. Но, при постепенно возрастающемъ дѣйствіи алкоголя, у пьянаго какъ и у неистоваго больнаго (маніака), угасаютъ ряды эстетическихъ представленій и моральныхъ сужденій, находящіеся, какъ элементы задерживающіе и контролирующіе, въ полномъ распоряженіи здороваго „я“. Въ этомъ періодѣ пьяный не способенъ сдерживать себя, выдаетъ недостатки своего характера, пренебрегаетъ обычаями и приличіями, дѣлается циничнымъ и склоннымъ къ насилію. Теперь онъ теряетъ и способность судить о своемъ состояніи, онъ также не считаетъ себя пьянымъ, какъ помѣшанный— больнымъ, и жестоко обижается, если ему ставятъ правильный діагнозъ его состоянія. Наконецъ дѣло доходитъ до слабоумія, потери сознанія, помраченія внѣшнихъ чувствъ; появляются галлюцинаціи и иллюзіи, спутанность идей и въ заключеніе всего— состояніе глубокаго умственнаго отупѣнія (stupor): невнятный лепетъ, шаткая походка, невѣрность всѣхъ движеній, совершенно какъ у паралитика (dementia paralitica). Сходство этого искусственнаго помѣшательства съ дѣйствительнымъ выражается еще въ томъ, что иногда, конечно на почвѣ особеннаго предрасположенія, опьянѣніе всякій разъ протекаетъ у даннаго субъекта, какъ острый бредъ (delirium acutum) или какъ скоропреходящее неистовство (mania ebriosa), или же случайный алкогольный эксцессъ служитъ ближайшимъ поводомъ къ появляющемуся непосредственно вслѣдъ за нимъ продолжительному помѣшательству.

Въ своей монографіи: „Neuere Forschungen und Erfahrungen auf dem Gebiet der gerichtlichen Psychopathologie seit 1870“, помѣщенной въ Handbuch'ѣ Holtzendorff'a (vierter Supplement-Band), стр. 135, Крафтъ Эбингъ признаетъ, что новѣйшія законодательства поступаютъ вполнѣ правильно, не помѣщая въ уголовные кодексы состояніе опьянѣнія, какъ одинъ изъ моментовъ, исключающихъ вмѣняемость дѣятеля.

Легкія маніакальныя состоянія, являющіяся слѣдствіемъ опьянѣнія, сами по себѣ не уничтожаютъ вмѣняемости и юридическая отвѣтственность немыслима лишь съ того момента, когда наступаетъ потеря самосознанія (Bewusstlosigkeit). Къ сожалѣнію, замѣчаетъ авторъ, терминъ безсознательность нерѣдко понимается присяжными въ разговорномъ смыслѣ этого слова, а не въ психологическомъ: безсознательность пьянаго отвергается потому только, что субъектъ еще сообщался съ внѣшнимъ міромъ, связно говорилъ и дѣйствовалъ, тогда какъ подобное состояніе (подобно состоянію просонковъ mania epileptica и т. п.) нисколько не исключаетъ возможности отсутствія самосознанія, т. е. что лицо не знало, что дѣлаетъ. Кромѣ того, какъ было выше указано, слѣдствіемъ остраго отравленія алкоголемъ иногда, на почвѣ ненормальной организаціи мозга, бываетъ столь сильное разстройство психических функцій, которое выражается маніакальными симптомами съ порывами бѣшенной ярости и инстинктивнаго стремленія къ разрушенію. Въ виду этого, при констатированіи субъективнаго состава дѣянія представляется настоятельная необходимость въ содѣйствіи врачебнаго техника, съ другой же стороны желательно, чтобы судъ избѣгалъ двусмысленнаго понятія о безсознательности, а ставилъ бы вопросъ о томъ, не находится ли обвиняемый въ состояніи болѣзненнаго разстройства умственной дѣятельности, исключающемъ способность къ свободному опредѣленію воли.

Цѣлый рядъ веществъ, изъ класса наркотическихъ и эфирныхъ, каковы: опіумъ, индійская конопля (гашишъ), белладонна, далѣе эфиръ, хлороформъ и т. п., дѣйствуя на нервную систему такъ же, какъ алкоголь, могутъ производить преходящее разстройство самосознанія. Въ такихъ случаяхъ клиническая картина болѣзни составляется изъ неопредѣленныхъ галлюцинацій и бреда, или же изъ припадковъ бѣшеннаго возбужденія съ порывами ярости, или же изъ сильной предсердечной тоски съ приступами страха и страшными видѣніями, подобно тому какъ это бываетъ при raptus melancholicus. О юридической отвѣтственности за уголовныя дѣянія, совершенныя въ состояніяхъ наркотизма, конечно не можетъ быть и рѣчи.

О значеніи аффекта для вмѣненія.

Аффекты суть явленія физіологической здоровой жизни, хотя несомнѣнно, что при всякомъ аффектѣ, выходящемъ изъ ряду

обыкновенныхъ, замѣчаются значительныя психическія и соматическія разстройства, причемъ разсудительность, способность обдумывать свои поступки, моментально и значительно помрачается. При физіологическихъ условіяхъ человѣкъ въ состояніи аффекта, какъ извѣстно по опыту, можетъ и долженъ владѣть собою. Исходя изъ того, что управленіе представленіями и стремленіями, развивающимися на почвѣ аффекта, вполнѣ возможно, правосудіе не можетъ оставлять безнаказанными дѣянія, совершенныя въ состояніи аффекта. Но тѣмъ не менѣе аффектъ есть преходящее разстройство психической жизни; способность психическаго сопротивленія, поддерживаемая въ человѣкѣ правовыми и этическими представленіями, во время аффекта отодвигается на заднiй планъ, индивидуальность, обстоятельства, сопровождающія аффектъ и послужившія къ нему поводомъ, образуютъ рядъ моментовъ, имѣющихъ существенное и важное, но неодинаковое для различныхъ индивидуумовъ значеніе, при разрѣшеніи вопроса о субъективной виновности. Темпераментъ, характеръ, воспитаніе, слѣдовательно обстоятельства, за которыя никоимъ образомъ не можетъ отвѣчать то или другое лицо, оказываютъ могущественное вліяніе на форму проявленія аффекта. Этотъ основной фактъ въ вопросѣ о способности ко вмѣненію вполнѣ сознанъ юстиціей; послѣдняя смотритъ гораздо снисходительнѣе на дѣянія, совершенныя въ состояніи аффекта, нежели на задуманныя приведенныя въ исполненіе въ состояніи психическаго спокойствія и равновѣсія, допуская даже безнаказанность при аффектѣ, дошедшемъ до помраченія чувствъ и вызванномъ не самимъ обвиняемымъ (нарушеніе границъ самозащиты при необходимой оборонѣ, вслѣдствіе испуга, страха и замѣшательства). Но кромѣ физіологическихъ аффектовъ правосудію часто приходится имѣть дѣло съ такими патологическими состояніями, при которыхъ проявленіе и вліяніе аффекта совершенно равносильны вліянію преходящаго безумія. Въ основѣ такихъ патологическихъ состояній аффекта лежатъ слѣдующія органическія условія:

1) Бываютъ люди, обнаруживающіе съ самаго ранняго возраста такую раздражительность и страстность, аффекты которыхъ являются столь мало мотивированными, столь сильными и не обыкновенными, что невольно приходится отыскивать органическое основаніе такой психической аномаліи. Предположенія о такомъ органическомъ основаніи получаютъ значительную силу,

если придется убѣдиться, сколь тщетны были усилія исправить этотъ мнимый порокъ характера посредствомъ воспитанія и культуры, какъ часто, несмотря на искреннія желанія, добрыя намѣренія такихъ людей, ихъ „я“ поглощалось аффектомъ и требованія нравственности и уголовнаго закона овладѣвать, управлять своими аффектами, для нихъ оказывались невыполнимыми. При этомъ высшая степень развитія аффекта иногда помрачаетъ, а иногда и совершенно уничтожаетъ самосознаніе, такъ что пройдетъ аффектъ и объ немъ сохранится лишь отрывочное, недостаточное, неопредѣленное воспоминаніе. Подобные лица весьма расположены къ умственному разстройству, въ числѣ ихъ родныхъ по восходящей или боковой линіи почти всегда оказываются люди психически больные, сами они свое психопатическое происхожденіе заявляютъ всякаго рода аномаліями характера, странностями и эксцентричностями и даже по временамъ впадаютъ въ дѣйствительное умственное разстройство.

2) Подобныя состоянія болѣзненной раздражительности присоединяются нерѣдко къ различнымъ мозговымъ болѣзнямъ. Такъ они встрѣчаются послѣ поврежденія головы, послѣ апоплексіи и воспаленія мозговыхъ оболочекъ, послѣ тифа, психическихъ болѣзней. Далѣе, подобная патологическая раздражительность наблюдается при пріобрѣтенномъ или прирожденномъ слабоуміи, у глухонѣмыхъ и идіотовъ, при начальныхъ періодахъ умственнаго разстройства, во время ослабленія и перерыва періодическаго психическаго разстройства, въ теченіи нѣкоторыхъ общихъ неврозовъ, а именно: эпилепсіи, истеріи и ипохондріи.

3) Кромѣ того, различныя психическія и физическія вліянія, дѣйствующія расслабляющимъ образомъ на нервную систему, продолжительные аффекты и страсти, алкоголь и половые эксцессы, хроническія болѣзни, нарушающіе сонъ и питаніе, могутъ вызывать аффекты, выходящіе изъ физіологическихъ границъ.

4) Часто многіе изъ приведенныхъ условій совмѣстно превращаютъ аффектъ въ патологическій, напр. аффектъ и эпилепсія, психопатическіе задатки и опьянѣніе. Особенно подавляющее вліяніе оказываетъ аффектъ на слабоумныхъ, такъ какъ въ этихъ случаяхъ къ данному, глубокому разстройству психическаго механизма присоединяется придаточное. Уголовныя дѣянія, такимъ образомъ, совершенныя въ состояніи физіологическаго аффекта,

подлежать вѣдѣнію суда, подводятся подъ законныя, уменьшающія вину обстоятельства; вмѣняемость же дѣяній, учиненныхъ въ состояніи патологическаго аффекта, можетъ быть спорной, можетъ быть даже вполнѣ отвергаема, въ тѣхъ случаяхъ, когда доказано временное помраченіе сознанія, полное или неполное уничтоженіе памяти. Подобныя состоянія, слѣдовательно, могутъ вполнѣ подходить подъ законное понятіе о безсознательности.

По вопросу объ уменьшенно вмѣняемости.

I.

Hälschner, Das gemeine deutsche Recht, стр. 224 и слѣд.

Если по отношенію къ способности лица ко вмѣненію ставится лишь вопросъ о томъ, обладало ли оно въ моментъ совершенія извѣстнаго дѣйствія способностью къ самоопредѣленію, но не о томъ, въ какой мѣрѣ учиненное дѣяніе (въ зависимости отъ особенностей волеваго акта и отношенія воли къ опредѣлившимъ её мотивамъ) можетъ быть поставлено въ вину дѣятелю, то на такой вопросъ можно отвѣтить только утвердительно или отрицательно. Вмѣняемость и невмѣняемость суть понятія, взаимно исключающія одно другое, и хотя въ отдѣльныхъ случаяхъ (въ моменты развивающагося болѣзненнаго состоянія, при частой смѣнѣ состояній способности и неспособности ко вмѣненію) разрѣшеніе вопроса о вмѣненіи можетъ представиться крайне затруднительнымъ или даже невозможнымъ, однако ни въ какомъ случаѣ нельзя допустить возможность *средняго* (между вмѣняемостью и невмѣняемостью) состоянія лица (Mischungsverhältniss beider Zustände), а затѣмъ и различныхъ степеней способности ко вмѣненію. Различіе въ степеняхъ мыслимо только по отношенію къ виновности лица (Zurechenbarkeit), и при этомъ безъ сомнѣнія психическое состояніе человѣка въ моментъ совершенія преступленія, количество психической силы, которая была потребна для оказанія въ данномъ случаѣ противодѣйствія преступному влеченію, —должны приниматься въ соображеніе. Но прежде, нежели приступить къ оцѣнкѣ того вліянія, которое въ данномъ случаѣ душевное состояніе дѣятеля должно оказать на мѣру его винов-

ности и уголовной отвѣтственности, должно быть уже констатировано, что психическое состояніе лица въ моментъ совершенія преступленія не уничтожало въ немъ свободы воли. Вполнѣ ненарушенною (völlig unbeeinträchtigt) свобода воли представляется только до тѣхъ поръ, пока она остается въ бездѣйствіи; но какъ скоро воля переходитъ въ дѣятельное состояніе, свобода ея уже нарушается вліяніемъ аффекта, чувственнаго возбужденія, и волѣ необходимо сдѣлать извѣстное усиліе, чтобы вновь возвратить себѣ самообладаніе. Для измѣренія этихъ безконечно различныхъ отклоненій воли отъ нормы нѣтъ опредѣленнаго масштаба, посредствомъ котораго можно было бы съ точностію опредѣлить состояніе уменьшенной вмѣняемости лица, а потому и задача опредѣлить степень уменьшенной вмѣняемости лица и найти соотвѣтствующее этой степени наказаніе—является неразрѣшимою.

II.

Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, стр. 149.

Вопросъ о томъ, можетъ ли вмѣняемость дѣлиться на степени, разрѣшается авторомъ въ отрицательномъ смыслѣ, если подъ способностью лица къ вмѣненію разумѣется объемъ его уголовной отвѣтственности, такъ какъ вопросъ, можетъ ли быть признано лицо отвѣтственнымъ, допускаетъ только отвѣты: да и нѣтъ.

Насколько же словомъ „способность къ вмѣненію“ обозначается самое психическое состояніе лица, коимъ обусловливается мѣра отвѣтственности, можно безъ сомнѣнія говорить о степеняхъ вмѣняемости. „Mit der grösseren geistigen Klarheit und Freiheit *steigt*, mit der geringeren geistigen Klarheit und Freiheit *fällt* das Maass der Verantwortlichkeit und Verschuldung, und in diesem Sinne ist man also durchaus befugt, gegenüber dem mittleren oder Durchschnittmaass der Verschuldung von einer verminderten oder geminderten Zurechnungsfähigkeit gegenübergestelt werden sollte. Въ сущности, по мнѣнію автора, споръ между защитниками и противниками уменьшенной вмѣняемости представляется споромъ о словахъ. Berner по этому поводу замѣчаетъ (Lehrbuch s. 125, Anm. 2): die Verfechter der verminderten Zurechnungsfähigkeit wollen Richtiges in unrichtiger Begriffsform. Тоже говоритъ Merkel (in Holtz. Handb. II стр. 567) о противникахъ уменьшенной невмѣняемости: „die Gegner derselben hätten Recht

hinsichtlich des Ausdrucks, der in der That einen Widerspruch in sich schliesse, in der Sache selbst aber hätten sie Unrecht".

Вопросъ же о томъ, представляется ли обычный способъ опредѣленія мѣры наказанія (при помощи также уменьшающихъ вину обстоятельствъ) достаточнымъ для приведенія мѣры наказанія въ соотвѣтствіе съ различными оттѣнками вмѣняемости, или же для уменьшенной вмѣняемости долженъ быть установленъ особый исключительный масштабъ наказуемости разрѣшался до послѣдняго времени различно.

Уменьшенная вмѣняемость признавалась смягчающимъ вину обстоятельствомъ въ кодексахъ: Брауншвейгскомъ 1840 г., Гессенскомъ 1841 г., Баденскомъ 1845 г., Саксонскомъ 1855 и 1868 гг., Баварскомъ 1861 г. (art. 68); но прусскій кодексъ 1851 г. а за нимъ и новѣйшія германскія законодательства не упоминаютъ объ уменьшенной вмѣняемости, какъ о смягчающемъ вину обстоятельствѣ.

III.

Wahlberg, Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege, стр. 87 и слѣд.

Мысль, лежащая въ основѣ принципа уменьшенной вмѣняемости заключается въ томъ, что тѣ психическія и физическія состоянія или вліянія (Zustände oder Einflüsse), при наиболѣе сильномъ воздѣйствіи коихъ на мышленіе и хотѣніе, сужденіе и рѣшимость, вполнѣ устраняется вмѣняемость,—оставаясь на низшей ступени своего развитія только ослабляютъ, уменьшаютъ вину и отственность дѣятеля. Идея эта, замѣчаетъ авторъ, вообще правильна, но очевидно нельзя говорить объ уменьшенной вмѣняемости въ смыслѣ какой-то промежуточной ступени (als einer Mittelstufe) между способностью и неспособностью ко вмѣненію. Насколько вина и ея вмѣнимость (Zurechenbarkeit) опредѣляются самосознаніемъ и волею дѣятеля, онѣ представляютъ весьма различныя градаціи, и эти оттѣнки вины мотивируютъ смягченіе наказуемости. Но въ тоже время нѣтъ никакого юридическаго основанія создавать какое то особое понятіе уменьшенной вмѣняемости, такъ какъ на дѣлѣ всякая способность ко вмѣненію является въ большей или меньшей степени ограниченною воздѣйствіемъ

тѣхъ мотивовъ, которые въ данномъ случаѣ одержали перевѣсъ надъ волею дѣятеля (jede Zurechnungsfähigkeit in bald höherem bald geringerem Grade durch das Uebergewicht der Motive determinirt er scheint). Ни одно дѣйствіе, никакая вина, никакая вмѣняемость не вытекаютъ безусловно и исключительно изъ свободы дѣятеля; существуетъ только относительно свободное дѣйствіе, и способность ко вмѣненію, съ точки зрѣнія уголовнаго права, сохраняется тамъ, гдѣ противодѣйствіе преступному влеченію были субъективно и относительно возможны. А если такъ, то, казалось бы, нѣтъ никакой надобности создавать рядомъ съ общимъ понятіемъ еще какое то особое понятіе уменьшенной вмѣняемости. Если же желаютъ противопоставить этотъ принципъ уменьшенной вмѣняемости, какъ совершенно особое родовое понятіе (als einen eigenen Artbegriff), началу безусловной вмѣняемости, то такое нововведеніе (Vorgang) совершенно неправильно и лишено всякаго теоретическаго основанія.

Какимъ образомъ опредѣлить степени вмѣняемости, не имѣя для этого опредѣленнаго заранѣе масштаба (Gradmass)?

Подъ уменьшенной вмѣняемостью (оставляя въ сторонѣ неправильность опредѣленія этого понятія) слѣдуетъ въ сущности разумѣть тѣ причины, коими обусловливается значительное уменьшеніе виновности дѣятеля, въ виду оказываемаго ими вліянія на душевное состояніе и настроеніе индивидуальнаго характера лица (Strafmilderungsgründe). Какъ неправильно построеніе особаго понятія уменьшенной вмѣняемости, видно между прочимъ изъ того, что это понятіе можетъ имѣть практическое примѣненіе лишь тогда, когда способность дѣятеля ко вмѣненію и вмѣнимость ему его преступнаго дѣянія—стоятъ внѣ всякаго сомнѣнія. Отсюда становится очевиднымъ рѣзкое самопротиворѣчіе тѣхъ уголовныхъ кодексовъ, которые (какъ напр. Баварскій) съ одной стороны ставятъ условіемъ вмѣняемости свободу самоопредѣленія (Willensbestimmung) дѣятеля или силу разумѣнія, потребную для распознаванія преступнаго характера совершаемаго, а между тѣмъ съ другой стороны примѣшиваютъ (einschwärzen) въ понятіе уменьшенной вмѣняемости „болѣе или менѣе несвободное самоопредѣленіе“.

Виновность и наказуемость вообще допускаютъ градаціи, но нельзя того же сказать о вмѣняемости. Вмѣненіе есть признаніе того, что виновникъ преступнаго дѣянія обладаетъ такими каче-

ствами, кои вообще допускаютъ примѣненіе закона, а вмѣняемость есть совокупность (Inbegriff) этихъ качествъ. Въ этомъ признаніи (Urtheil) содержится лишь указаніе на существованіе или отсутствіе этихъ условій, а не на то, что ихъ больше или меньше. Какъ скоро такимъ образомъ уголовная вмѣняемость обозначаетъ субъективную возможность совершенія преступнаго дѣянія, она можетъ только существовать или отсутствовать въ моментъ совершенія дѣянія (nur vorhanden oder nicht vorhanden gewesen sein). Вводя въ понятіе вмѣняемости индивидуальныя различія въ степеняхъ правосознанія, энергіи воли или психологической свободы, пришлось бы, въ видахъ послѣдовательности, создать цѣлый рядъ сортовъ вмѣняемости, не взирая на то, что нельзя ни установить какой-либо скалы постепеннаго пониженія вмѣняемости до полной невмѣняемости, ни подъискать такое юридически понятное выраженіе (juristisch fassbarer Ausdruck), которое могло-бы обхватить всю совокупность переходныхъ ступеней этой уменьшенной, или, какъ называетъ ее Damerov, условной вмѣняемости. Строго говоря, всѣ пререканія по поводу уменьшенной вмѣняемости представляются споромъ о словахъ: подъ неправильнымъ выраженіемъ здѣсь скрывается совершенно вѣрная мысль о необходимости соразмѣрять наказаніе со степенью вины и вся задача заключается лишь въ томъ, чтобы замѣнить понятіе, дающее поводъ къ многочисленнымъ недоразумѣніямъ, другимъ, болѣе простымъ и болѣе понятнымъ.

IV.

Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen, стр. 9 и слѣд.

Разсматривая вліяніе аффекта (impetus, dolus repentinus) на вмѣненіе, авторъ приходитъ къ заключенію, что аффектъ, хотя бы онъ и не достигъ той степени, когда имъ вполнѣ устраняется способность ко вмѣненію, долженъ во всякомъ случаѣ служить основаніемъ къ пониженію уголовной наказуемости дѣятеля *на томъ основаніи, что при этомъ психическая свобода лица является уменьшенною.* „Ein solcher Affect, der dem Handelnden nicht die Möglichkeit raubt, zu wollen, einen Entschluss zu fassen und ihn zu verwirklichen. . . die psychische Freiheit und damit die Strafwürdigkeit mindert. Hier wird also am Dolus nicht zu zweifeln, gleichwohl

wegen der verminderten psychischen Freiheit des Thäters, welche überdies eine Schwächung der klaren Einsicht in die Folgen der That und ihre Bedeutung mit sich bringt, eine Strafmilderung geboten sein". Возможно, говоритъ онъ далѣе, что, говоря объ „уменьшенной психической свободѣ", мы вызовемъ сострадательную усмѣшку со стороны приверженцевъ абсолютной свободы, допускающихъ рѣшеніе вопроса только въ видѣ дилеммы: или лицо, дѣйствіе коего составляетъ предметъ сужденія, свободно, или не свободно, иначе: подчинено естественной необходимости или нѣтъ; третьяго отвѣта не можетъ быть. „Eine bestimmte Handlung ist immer nur entweder frei oder unfrei" (Köstlin, System, § 54). Но всѣ ли свободныя дѣйствія одинаково свободны? Кто утверждаетъ это, тому незнакомы вовсе или мало ясны результаты новѣйшей психологіи, которая признаетъ, что господство „я" надъ собственною волею можетъ достигать весьма различныхъ ступеней. „Die Apperception des Wollens durch das Ich hat Grade, folglich auch die psychische Freiheit. Denn letztere ist nichts anderes als die Herrschaft des Ich's über sein Wollen, die Apperception desselben. Diese Herrschaft kann, wie jede, mehr oder weniger beschränkt sein.

Выраженіе „уменьшенная способность ко вмѣненію" во всякомъ случаѣ примѣнимо лишь къ тѣмъ индивидамъ, которые не только по отношенію къ данному дѣйствію, о вмѣнимости коего идетъ рѣчь, но *вообще*, вслѣдствіе ихъ психическихъ особенностей, обладаютъ психической свободой въ меньшемъ объемѣ. Тотъ, кто дѣйствовалъ подъ вліяніемъ аффекта, обладалъ въ этомъ случаѣ уменьшенною психическою свободою, между тѣмъ какъ, по свойству его психической организаціи, быть можетъ, нѣтъ ни малѣйшаго основанія говорить объ его «уменьшенной вмѣняемости». Поэтому вообще лучше говорить объ уменьшенной психической свободѣ, покоится ли она на преходящемъ или постоянномъ основаніи. Изъ этого далѣе слѣдуетъ, что существуютъ степени вмѣняемости, какъ существуютъ степени психической свободы. Freiheit ist ein relativer Begriff. Warum soll, wenn nicht Unfreiheit vorhanden ist, immer, das höchste Mass der Freiheit gegeben sein? Ist es etwa mit anderen arten der Freiheit nicht ebenso? Ist der bloss unter polizeilicher Aufsicht Stehende nicht frei gegenüber dem Galerensklaven oder dem Zellengefangenen, und doch minder frei als andere nicht polizeilich Beaufsichtigte?

V.

Bekker, Theorie des Deutschen Strafrehts, стр. 346.

Bekker, отстаивая конструкцію понятія уменьшенной вмѣняемости, разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ. Способность ко вмѣненію, иначе возможность быть субъектомъ преступленія, обусловливается наличностью способности разумѣнія и воли. Начиная съ самой низшей и до наиболѣе высокой, достижимой для человѣка, ступени свободы, мы видимъ постепенное и непрерывное развитіе этой свободы въ восходящемъ направленіи, въ соотвѣтствіи съ постепеннымъ ростомъ сознанія и силы воли. Повидимому, говоритъ авторъ, какъ скоро мы называемъ способнымъ ко вмѣненію того, кто, по своимъ внутреннимъ природнымъ качествамъ, способенъ къ совершенію преступленія, невозможно логически допустить, что между способными и неспособными ко вмѣненію существуетъ еще третій классъ лицъ, въ ограниченной степени вмѣняемыхъ. Но если принять во вниманіе, что человѣческая свобода можетъ существовать въ весьма различной степени (betrachtet man aber das mögliche Wachsen der menschlichen Freiheit), то вполнѣ умѣстно говорить о большей или меньшей, болѣе или менѣе ограниченной вмѣняемости лица. Это имѣетъ тотъ смыслъ, что хотя А, такъ же какъ и Б, способенъ вообще быть субъектомъ преступленія, но онъ не въ состояніи обсудить нѣкоторыя преступныя дѣйствія въ связи со всѣми возможными ихъ послѣдствіями, тогда какъ для Б это вполнѣ доступно, и потому хотя А вообще способенъ ко вмѣненію, но не по отношенію ко всѣмъ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, которыя могутъ быть вмѣнены въ вину Б. Отсюда слѣдуетъ, что такъ какъ А, по свойству своихъ психическихъ способностей, будетъ всегда отличаться меньшею ясностію пониманія, нежели Б, то хотя онъ и сохраняетъ способность быть субъектомъ всякаго преступленія, но, по причинѣ болѣе слабой способности мышленія (Einsicht) и болѣе ограниченной свободы воли, долженъ подлежать меньшему наказанію, нежели Б, хотя бы совершилъ такое же преступленіе, какъ и послѣдній. Die Zurechnungsfähigkeit ist nach aussen der Unzurechnungsfähigkeit gegenüber fest abgegrenzt aber sie umschliesst doch keineswegs überall denselben positiven Inhalt, das gleiche Quantum geistiger Gaben. Auch die geminderte beschränktere Zurechnungsfähigkeit ist der Unzu-

rechnungsfähigkeit entgegengesetzt, von der grösseren oder weniger beschränkten Zurechnungsfähigkeit aber nur quantitativ unterschieden.

По вопросу о возрастныхъ границахъ вмѣняемости.

I.

(Hälschner, das gemeine deutsche Recht, стр. 217 и слѣд.)

Въ виду индивидуальныхъ различій въ интеллектуальномъ и нравственномъ развитіи человѣка, справедливость требуетъ, что бы вопросъ о способности ко вмѣненію разрѣшался въ каждомъ конкретномъ случаѣ отдѣльно, въ отношеніи извѣстнаго индивида и совершеннаго имъ дѣянія, а не абстратно, опредѣленіемъ въ законѣ начала вмѣняемости уголовнымъ возрастнымъ срокомъ. Прусское и Баварское уложенія, по примѣру Code pénal, отказались совсѣмъ отъ установленія какого-либо предѣла, до достиженія котораго ребенокъ бы признавался неспособнымъ ко вмѣненію, причемъ судьѣ предоставлялось, въ случаѣ, если обвиняемому было менѣе 16 лѣтъ, рѣшеніе вопроса о томъ, дѣйствовалъ ли онъ съ разумѣніемъ. Хотя эти постановленія положительныхъ законодательствъ и согласуются съ изъясненнымъ выше началомъ, по которому начало вмѣняемости не можетъ быть пріурочено къ опредѣленному возрастному термину, но они имѣютъ слѣдствіемъ то, что обыкновенно возбуждается уголовное производство и о неспособномъ ко вмѣненію ребенкѣ, единственно въ видахъ констатированія этой неспособности, или помѣщенія его въ исправительное заведеніе. Несомнѣнно вредное нравственное вліяніе, которое должна оказывать на ребенка уголовная процедура, было причиною того, что какъ французская, такъ и нѣмецкая доктрина единогласно высказались за опредѣленіе въ самомъ законѣ предѣла невмѣняемости въ дѣтскомъ возрастѣ. Слѣдующій за періодомъ полной невмѣняемости, возрастъ отъ 12 до 18 л., является въ смыслѣ закона періодомъ развивающейся вмѣняемости. Такъ какъ развитіе способности ко вмѣненію представляется индивидуально различнымъ, наступая то раньше, то позже, а въ одномъ и томъ же индивидѣ прогрессируетъ лишь постепенно, захватывая, съ

теченіемъ времени, все болѣе и болѣе широкій кругъ моральной жизни, то законъ требуетъ, чтобы въ каждомъ случаѣ судебнымъ приговоромъ было установлено, обладаетъ ли субъектъ потребнымъ для пониманія преступности совершеннаго имъ дѣянія разумѣніемъ. Изъ этого слѣдуетъ, что обвиняемый, находящійся въ этомъ возрастѣ, не только можетъ быть признанъ по отношенію къ одному преступному дѣянію вмѣняемымъ, а по отношенію къ другому—невмѣняемымъ, но и относительно одного и того же дѣянія судебнымъ приговоромъ можетъ быть признано, что обвиняемый хотя и обладалъ необходимымъ для распознаванія преступнаго характера дѣйствія разумѣніемъ, но не въ той его степени, которая бы допускала примѣненіе къ нему высшей мѣры наказанія, полагаемой закономъ за квалифицированное дѣяніе. Прусская судебная практика и законодательство (законъ 3 мая 1852 г. art. 81 и 85, Strafprocess. Ordn. 25 іюня 1867 г. § 419 и 320), а за ними и мотивы къ § 50 и 51 перваго проекта германскаго уложенія разсматривали способность ко вмѣненію и разумѣніе (Unterscheidungsvermögen), какъ существенно различныя понятія. Между тѣмъ разумѣніе, необходимое для пониманія преступности дѣйствія, составляетъ существенный моментъ уголовной вмѣняемости, а не нѣчто независимое отъ нея, и если малолѣтній преступникъ, за недостаткомъ разумѣнія, освобождается отъ отвѣтственности, то именно потому, что онъ невмѣняемъ, а не потому, что онъ, будучи способнымъ ко вмѣненію, совершилъ преступное дѣяніе, которое законъ, въ видѣ изъятія, оставляетъ безнаказаннымъ.

II.

Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881 г., стр. 133.

Способность человѣка ко вмѣненію отсутствуетъ не только пока онъ не развился до свободнаго самоопредѣленія (какъ напр. дитя, или слабоумный отъ рожденія), а до тѣхъ поръ, пока онъ не развился настолько, чтобы быть въ состояніи дѣлать различіе между понятіями права и неправа и въ частности сознавать ту неправду, о которой идетъ рѣчь, какъ таковую, равно какъ отвѣтственность за учиненную неправду. Значеніе возраста для вмѣняемости можетъ быть опредѣлено еще точнѣе. Человѣкъ развивается лишь постепенно, пока достигнетъ самосознанія, обладанія волей и пониманія права и неправа; вмѣстѣ съ тѣмъ, по

отношенію къ извѣстному виду неправа, это пониманіе можетъ придти позднѣе, чѣмъ по отношенію къ другому. Поэтому человѣкъ не можетъ сразу перейти изъ состоянія невмѣняемости къ состоянію вмѣняемости. Онъ долженъ послѣдовательно пройти извѣстныя ступени развитія. Авторъ признаетъ вполнѣ правильнымъ усвоенные старымъ нѣмецкимъ правомъ 3 возрастные періода: 1) возрастъ безусловной невмѣняемости, дѣтство (infantia) до 7 лѣтъ; 2) дальнѣйшій возрастъ, по достиженіи котораго дѣтскій возрастъ самъ по себѣ уже не представляется препятствіемъ къ вмѣненію (pubertas), простирающійся до 14-ти лѣтъ; 3) средняя ступень—именно тотъ возрастный періодъ, въ которомъ способность ко вмѣненію признается только возможною, но не безусловно предполагается и не безусловно исключается, причемъ судьѣ предоставляется въ каждомъ единичномъ случаѣ рѣшить, на основаніи конкретныхъ моментовъ, былъ-ли субъектъ, по его индивидуальной зрѣлости и развитію, а также по свойству дѣянія, въ которомъ онъ обвиняется, способенъ ко вмѣненію во время учиненія своего дѣянія (doli et culpae capax), или нѣтъ. Этотъ періодъ заключался между 7-ю и 14-ю годами. Въ случаѣ сомнѣнія, по отношенію къ тѣмъ, которые считались pubertati proximi (т. е. имѣли около 14-ти л.) существовала презумпція способности ко вмѣненію, относительно же тѣхъ которые назывались infantiae proximi (т. е. въ возрастѣ около 7 л.)—презумпція невмѣняемости.

Нѣмецкіе кодексы съ 1838 г. разрѣшали этотъ вопросъ весьма различно. Германское уложеніе въ существѣ возвратилось къ совершенно правильной идеѣ прежняго общаго права, установивъ лишь иныя возрастныя границы. Такъ, возрастъ невмѣняемости отодвинутъ до 12-ти лѣтъ, что, по мнѣнію автора, слишкомъ расширяетъ періодъ полной безотвѣтственности. Послѣдующій возрастъ до 18 лѣтъ не служитъ безусловнымъ препятствіемъ вмѣненію; въ этомъ періодѣ вопросъ о вмѣняемости разрѣшается судомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, въ зависимости отъ индивидуальнаго развитія обвиняемаго (nach der Entwicklung des koncreten angeklagten Individuums) и свойства учиненнаго имъ преступленія. При отрицательномъ разрѣшеніи вопроса о вмѣняемости лица, находящагося въ этомъ возрастѣ, оно должно быть оправдано; при этомъ однако судъ въ своемъ приговорѣ долженъ постановить: подлежитъ ли оправданный возвращенію его семейству или помѣщенію въ воспитательно-исправительное заведеніе. Въ послѣднемъ

случаѣ срокъ пребыванія его въ этомъ заведеніи опредѣляется начальствомъ заведенія, однако не можетъ быть продолженъ далѣе 20 лѣтъ. Признаніе судомъ лица вмѣняемымъ влечетъ за собою присужденіе его къ наказанію; при этомъ возрастъ отъ 12 до 18-ти лѣтъ служитъ обстоятельствомъ, въ значительной степени смягчающимъ наказаніе. Старческій возрастъ, хотя бы весьма преклонный, не служитъ самъ по себѣ условіемъ невмѣняемости. Старикъ, впавшій въ дѣтство, признается невмѣняемымъ не по возрасту, а въ виду психической болѣзни.

III.

Schaper, Zurechnungsfähigkeit im Holtzendorff's Handbuch, стр. 159 и слѣд.

Высказываясь въ пользу презумпціи безусловной невмѣняемости дѣтей до извѣстнаго возраста, авторъ полагаетъ, что опредѣленіе границы возраста невмѣняемости зависитъ прежде всего отъ положенія народнаго образованія въ странѣ. Чѣмъ послѣдовательнѣе проводится въ государствѣ начало общеобязательнаго обученія и чѣмъ шире программа народнаго образованія тѣмъ точнѣе можетъ быть опредѣлена та возрастная грань, за которою начинается область вмѣненія. Въ раннемъ дѣтскомъ возрастѣ еще вполнѣ отсутствуютъ понятія объ обязанностяхъ къ ближнему, объ условно-безнравственныхъ дѣйствіяхъ, заключающихся въ нарушеніи гражданскаго долга и общественнаго порядка; всякая неправда представляется ребенку въ видѣ погрѣшенія, вины передъ своею совѣстью. Чѣмъ лучше ведется дѣло школьнаго обученія, тѣмъ съ большею увѣренностію государство можетъ устранить уголовную отвѣтственность даже для дѣтей высшаго возраста (такъ теперь дѣтскій возрастъ, исключающій вмѣняемость, простирается до 12 лѣтъ, тогда какъ въ римскомъ и каноническомъ правѣ онъ опредѣлялся 7 годами). Постепенно въ ребенкѣ развивается понятіе объ обязанностяхъ отдѣльнаго лица по отношенію къ государственному цѣлому. Ранѣе всего формируется сознаніе необходимости уголовнаго вмѣшательства государства по поводу совершенія такихъ преступленій, которыя выражаются въ насильственныхъ посягательствахъ на *видимыя* блага отдѣльныхъ лицъ—имущество, тѣло, жизнь. Но полное пониманіе преступнаго характера такихъ преступленій, какъ дача ложнаго показанія, несмотря на сознаніе грѣхов-

ности лжи, является гораздо позднѣе. Время, когда сознаніе долга можно считать въ достаточной степени развитымъ, авторъ относитъ къ возрастному періоду отъ 14—16 л. Тѣмъ не менѣе и въ этомъ возрастѣ лицу еще не достаетъ той нравственной силы противодѣйствія, которая необходима для того, чтобы сообщить волѣ правомѣрное направленіе. Время обученія въ высшихъ классахъ школы совпадаетъ съ развитіемъ понятій объ отвѣтственности за неосторожность, неисполненіе государственныхъ и общественныхъ предписаній. Сознаніе долга выработывается наконецъ въ правосознаніе. И здѣсь, какъ и въ болѣе раннемъ періодѣ, дѣло опыта—намѣтить возрастный рубежъ, съ переходомъ за который уже не можетъ быть болѣе возбуждаемъ вопросъ о томъ, обладаетъ ли лицо достаточнымъ разумѣніемъ совершаемаго. Что касается промежуточнаго періода между вышеуказанными возрастными предѣлами (по дѣйствующему германскому законодательству этому періоду соотвѣтствуетъ возрастъ отъ 12—18 лѣтъ), то здѣсь должно руководствоваться тѣмъ правиломъ, что знаніе лицомъ 10 заповѣдей нельзя считать достаточнымъ доказательствомъ его способности понимать совершаемое. Скорѣе такое заключеніе можно вывести изъ свойства учиненнаго дѣянія, обращая, далѣе, вниманіе на то, изъ какихъ источниковъ пріобрѣлъ обвиняемый разумѣніе преступности этого дѣянія: путемъ научнаго развитія, изъ общежитейскаго опыта или наконецъ собственнаго опыта. Возрастъ безусловной уголовной вмѣняемости долженъ быть ниже возраста гражданскаго совершеннолѣтія, такъ какъ для пріобрѣтенія лицомъ яснаго пониманія существа юридическихъ сдѣлокъ и вытекающихъ изъ нихъ обязательствъ необходима болѣе продолжительная школа жизненнаго опыта.

IV.

Ortolan, Éléments de droit pénal, стр. 109 и слѣд.

Останавливаясь на вопросѣ о томъ, долженъ ли законодатель всецѣло предоставлять судьѣ рѣшеніе вопроса о способности ко вмѣненію малолѣтнихъ обвиняемыхъ или же опредѣлить въ самомъ законѣ по крайней мѣрѣ нѣкоторыя возрастныя границы по отношенію къ вмѣненію, авторъ находитъ, что хотя въ виду крайняго разнообразія внѣшнихъ и внутреннихъ, индивидуальныхъ, климатическихъ и мѣстныхъ вліяній на развитіе отдѣльныхъ лицъ, первое рѣшеніе

вопроса можетъ казаться наиболѣе простымъ, но на дѣлѣ оно отражается крайнею шаткостью судебной практики и судейскимъ произволомъ.

Вотъ почему лучшимъ рѣшеніемъ вопроса должно считаться то, когда законодатель, путемъ вывода среднихъ для даннаго народа возрастныхъ величинъ, устанавливаетъ общія предположенія вмѣняемости и невмѣняемости, предоставляя вмѣстѣ съ тѣмъ судьѣ достаточно широкія полномочія, въ тѣхъ видахъ, чтобы онъ могъ оттѣнить особенности даннаго случая. Въ ходѣ человѣческаго развитія до того момента, когда лицо соединяетъ въ себѣ всѣ требуемыя условія для примѣненія къ нему общихъ правилъ о наказуемости, наука можетъ различать нѣсколько періодовъ: Такъ, во первыхъ существуетъ періодъ, ограничиваемый возрастною цифрою, положимъ, отъ 3—6 лѣтъ, относительно котораго можно сказать съ достовѣрностію, что здѣсь вполнѣ отсутствуетъ концепція понятій справедливаго и несправедливаго и потому уголовная вмѣняемость не можетъ имѣть мѣста: „Ne serait-il pas ridicule, спрашиваетъ авторъ, de voir mettre en accusation un enfant qui n'est pas encore sorti de cet âge? Laissera-t-on en principe au magistrat le droit de le faire, tout en s'en remettant à son bon sens pour ne pas user de ce droit? Lui laissera-t-on l'hésitation sur la limite à laquelle il devra s'arrêter, d'où le défaut d'unité, les variations individuelles? Et quel inconvénient y aurait-il à fixer cette limite en la tenant, si l'on veut, plutôt au-dessous qu'au dessus de la moyenne?

По выходѣ изъ этого возрастнаго періода, ребенокъ вступаетъ въ слѣдующій періодъ, начало котораго можно опредѣлить цифрою, положимъ, отъ 6—8 лѣтъ, гдѣ уже нельзя вообще и безусловно отрицать возможность нравственныхъ понятій (la raison morale) и гдѣ, слѣдовательно, вопросъ надо рѣшить относительно каждаго индивида и въ примѣненіи къ каждому конкретному случаю. Этотъ возрастный періодъ оканчивается лишь тамъ, гдѣ является несомнѣннымъ, что человѣкъ достигъ всесторонняго различенія понятій справедливаго и несправедливаго. Границы, какъ нисшая, такъ и высшая этого періода законодатель долженъ раздвинуть шире, чтобы судья могъ отнести сюда всѣ сомнительные случаи. Если при этомъ будетъ признано, что дѣятель не обладалъ разумѣніемъ въ достаточной степени, то вмѣняемость, или по крайней мѣрѣ уголовная отвѣтственность не можетъ

имѣть мѣста; въ случаѣ обратномъ—вмѣняемость будетъ существовать, съ меньшею однако отвѣтственностію. За этимъ слѣдуетъ третій періодъ, который можно опредѣлить цифрою отъ 16—18 лѣтъ, гдѣ, при общей правильности хода развитія, дѣятель обладаетъ разумѣніемъ справедливаго и несправедливаго въ степени, достаточной для признанія его вмѣняемости и уголовной отвѣтственности. Что касается вопроса о соотношеніи періодовъ уголовной вмѣняемости и гражданской дѣеспособности, иначе вопроса о томъ, должны ли, какъ та, такъ и другая, совпадать или различаться между собою, то въ этомъ отношеніи можно сказать съ увѣренностію, что познаніе о нравственномъ злѣ, заключающемся въ преступленіи, является у человѣка ранѣе нежели пониманіе существа гражданскихъ сдѣлокъ; поэтому возрастъ, которымъ начинается несомнѣнная уголовная вмѣняемость, долженъ предшествовать возрасту гражданскаго совершеннолѣтія. Но и по достиженіи лицомъ того момента въ своемъ развитіи, съ котораго уже начинается несомнѣнная вмѣняемость, было бы несправедливо поставить его, относительно уголовной отвѣтственности, на одинъ уровень съ лицами, достигшими гражданскаго совершеннолѣтія. Peut on faire arriver de suite cette imputabilité qui est certaine, avec ses conséquences les plus graves, avec toutes les rigueurs de la loi pénale ordinaire, contre une personne dont la raison n'est pas jugée suffisante pour discerner régulièrement les intérêts? N'y aurait-il pas en cela contradiction et injustice? Cette raison n'est pas complète et toute développée, puisque la capacité civile ne lui est pas même reconnue: comment la culpabilité serait elle pleine et entière? На этомъ основаніи Ortolan полагаетъ, что хотя наступленіе несомнѣнной уголовной вмѣняемости должно предшествовать достиженію гражданскаго совершеннолѣтія, однако же примѣненіе общихъ уголовныхъ наказаній не можетъ имѣть мѣста впредь до момента гражданскаго совершеннолѣтія. Отсюда далѣе необходимость, кромѣ предшествующихъ трехъ періодовъ, допустить еще существованіе четвертаго и послѣдняго періода, въ которомъ нравственное развитіе является законченнымъ, нормальная его граница достигнута, а вмѣстѣ съ тѣмъ наступаетъ и полная уголовная отвѣтственность, влекущая за собою примѣненіе общихъ правилъ о наказуемости.

Что касается наказуемости лицъ, еще недостигшихъ нормальнаго развитія душевныхъ силъ, то она вообще должна быть мень-

шею, по сравненію съ наказуемостью взрослыхъ преступниковъ. Но кромѣ того предназначаемыя для нихъ наказанія должны и по природѣ своей быть совершенно иныя, а именно: наказанія эти, не теряя своего репрессивнаго характера, должны быть главнымъ образомъ приспособлены къ цѣлямъ исправленія и перевоспитанія виновнаго. Съ другой стороны, мѣры исправленія могутъ быть, по опредѣленію судьи, принимаемы и относительно тѣхъ несовершеннолѣтнихъ подсудимыхъ, кои, въ виду признанія ихъ дѣйствовавшими безъ достаточнаго разумѣнія, должны считаться, по общимъ началамъ уголовнаго права, по суду оправданными. Мѣры эти являются безъ сомнѣнія принужденіемъ, устраняя съ одной стороны власть родителей надъ малолѣтнимъ, а съ другой лишая его свободы дѣйствій. Но принудительный ихъ характеръ находитъ себѣ достаточное оправданіе, смотря по обстоятельствамъ дѣла, въ опасности обнаруженныхъ подсудимымъ порочныхъ наклонностей, небрежномъ надзорѣ родственниковъ, ихъ безнравственныхъ качествахъ и наконецъ въ самой винѣ малолѣтняго, которая, хотя и не влечетъ для него наказанія, однако же существуетъ. При этомъ однако эти исправительныя мѣры отнюдь не должны имѣть характера наказанія и потому не могутъ быть смѣшиваемы съ исправительными наказаніями для лицъ, признанныхъ дѣйствовавшими съ разумѣніемъ. Кромѣ того, не будучи результатомъ осужденія, мѣры эти могутъ подвергаться отмѣнѣ и до опредѣленнаго судомъ срока; послѣдній долженъ быть разсматриваемъ лишь какъ maximum срока, до котораго можно содержать несовершеннолѣтняго въ заведеніи, но безъ сомнѣнія онъ можетъ быть сокращаемъ, въ случаѣ болѣе быстраго исправленія малолѣтняго.

V.

Garraud, Précis de droit pènal, стр. 124 и слѣд.

По мнѣнію Garraud, жизнь человѣка, съ точки зрѣнія уголовной вмѣняемости, могла бы быть раздѣлена на три большіе періода: первый — періодъ дѣтства, впродолженіи котораго безсознательное отношеніе лица къ совершаемымъ имъ дѣйствіямъ находится внѣ всякаго сомнѣнія, а потому дѣйствія ребенка въ этомъ возрастѣ безусловно не могутъ быть вмѣнены ему въ вину. Втеченіе втораго возрастнаго періода наличность разумѣнія у малолѣтняго является сомнитель-

ною и вопросъ о вмѣняемости подлежитъ разрѣшенію въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; наконецъ, впродолженіи третьяго періода, лицо предполагается достигшимъ своего полнаго умственнаго развитія; преступленіе должно быть вмѣнено ему въ вину, если только онъ не докажетъ, что въ моментъ совершенія дѣянія, онъ, благодаря какому либо *случайному* обстоятельству, лишенъ былъ способности понимать значеніе совершаемаго. Но провести между этими періодами какую-нибудь точную границу не только трудно, а даже невозможно. Умственное развитіе, какъ и физическое, представляетъ медленный и непрерывающійся процессъ, притомъ же совершающійся различно въ примѣненіи къ отдѣльнымъ лицамъ. При такихъ условіяхъ уголовному закону остается или предоставить судьѣ право изслѣдовать, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, обладаетъ ли подсудимый разумѣніемъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ допускать уголовное преслѣдованіе всякаго индивида, не смотря на его возрастъ; или же установить законныя предположенія невмѣняемости, которыя неизбѣжно должны въ нѣкоторыхъ случаяхъ оказаться ложными. Французское законодательство комбинировало оба эти средства, именно: оно раздѣлило человѣческую жизнь на 2 періода: одинъ, продолжающійся до 16 лѣтъ, и другой, начинающійся съ этого предѣла. Втеченіе перваго изъ этихъ возрастныхъ періодовъ малолѣтніе безъ сомнѣнія могутъ быть подвергаемы уголовному преслѣдованію за совершаемыя ими преступленія, но они находятся подъ защитою презумпціи ихъ невиновности, презумпціи, которая падаетъ лишь тогда, когда становится доказаннымъ, что они дѣйствовали съ разумѣніемъ. Впродолженіи втораго возрастнаго періода существуетъ напротивъ того предположеніе виновности несовершеннолѣтняго, которое падаетъ только передъ доказательствомъ того, что несовершеннолѣтній дѣйствовалъ въ данномъ случаѣ безъ разумѣнія.

Французскій законъ не устанавливаетъ по примѣру другихъ кодексовъ возрастнаго предѣла, ниже котораго отвѣтственность безусловно отсутствуетъ въ силу законнаго предположенія о невмѣняемости, не допускающаго доказательства противнаго, и дѣлитъ человѣческую жизнь, съ точки зрѣнія вмѣненія, только на два, а не на три періода. Законодатель не игнорируетъ однако этимъ существованіе извѣстнаго возраста, именно возраста ранняго дѣтства, въ которомъ невиновность лица, учинившаго преступное дѣяніе, представляется несомнѣнною. Хотя Code pénal устанавливаетъ только одинъ

возрастный предѣлъ, но изъ этого не слѣдуетъ однако, что всякій индивидъ, моложе 16 лѣтъ, долженъ быть приведенъ въ судъ для того только, чтобы быть оправданнымъ; французскій законъ не желалъ возможности такого преслѣдованія, которое, будучи безполезнымъ въ смыслѣ уголовной репрессіи, отразилось бы можетъ быть непоправимымъ зломъ на будущности ребенка, но онъ предоставляетъ магистратамъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшеніе вопроса о томъ, долженъ ли дѣятель быть предаваемъ суду. Авторъ отдаетъ предпочтеніе французской системѣ, такъ какъ, говоритъ онъ, безусловное предположеніе закона, принимаемое другими кодексами, всегда представляется шаткимъ и произвольнымъ. Провести границу между дѣтствомъ и возмужалостью такъ трудно, что отдѣльные кодексы опредѣляютъ её различными возрастными цифрами. Возможно-ли, спрашиваетъ авторъ, опредѣлить одною общею цифрою дѣтскій возрастъ, при рѣзкихъ племенныхъ и климатическихъ различіяхъ встрѣчающихся въ одной и той же странѣ. Съ другой стороны, при существующей во Франціи системѣ не замѣчается никакихъ злоупотребленій. Прокуратура подвергаетъ преслѣдованію ребенка только въ случаяхъ серьезнаго сомнѣнія въ дѣйствительномъ недостаткѣ разумѣнія или если привлеченіе его къ слѣдствію полезно для очной ставки съ другими соучастниками, или же въ видахъ удаленія его изъ среды порочной семьи и отдачи въ исправительное заведеніе, такъ что въ результатѣ, принятая другими кодексами безусловная презумпція невмѣняемости только лишаетъ прокуратуру права преслѣдованія въ извѣстныхъ случаяхъ, когда такое преслѣдованіе является вполнѣ цѣлесообразнымъ, и затѣмъ не представляетъ никакихъ другихъ выгодныхъ сторонъ.

VI.

Rossi, Traité de droit pénal, изд. 1863 г., т. II стр. 22 и слѣд.

Останавливаясь на вопросѣ о томъ, съ какого возрастнаго момента начинается нравственная отвѣтственность человѣка и по какимъ признакамъ можно было бы распознать такой моментъ, авторъ прежде всего замѣчаетъ, что опредѣленіе степени развитія разсудочныхъ способностей ребенка могло бы быть сдѣлано только путемъ индукціи, сравненія дѣйствій ребенка и взрослаго человѣка при одинаковыхъ обстоятельствахъ, но пользованіе

такимъ методомъ въ данномъ случаѣ представляется весьма рискованнымъ; степень физическаго развитія здѣсь не можетъ служить указаніемъ на развитіе нравственное и умственное, такъ какъ нерѣдко при вполнѣ правильномъ, повидимому, ходѣ физическаго развитія ребенка, онъ остается на всю жизнь идіотомъ. Кромѣ того, наблюденіе показываетъ, что умственное развитіе и развитіе нравственнаго чувства часто не совпадаютъ: у однихъ дѣтей нравственное чувство является весьма развитымъ, при крайней въ тоже время ограниченности ихъ умственныхъ способностей, развитіе которыхъ замедлено; у другихъ замѣчается совершенно обратное явленіе. Продолжительность періода умственной неспособности (incapacité intellectuelle) человѣка не можетъ быть опредѣлена съ точностью, такъ какъ дѣйствіе причинъ, отъ которыхъ оно зависитъ, нами понимается весьма смутно. Можно утверждать, съ нѣкоторою положительностью, что развитіе ребенка измѣняется сообразно его физической организаціи, внѣшнимъ обстоятельствомъ, въ которыя онъ поставленъ, непосредственнымъ заботамъ о его воспитаніи, но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя съ увѣренностію отрицать существованіе и другихъ, намъ неизвѣстныхъ причинъ, ускользающихъ отъ нашего наблюденія. Нерѣдко, несмотря на удовлетворительность физической организаціи, крайне небрежное воспитаніе и такую внѣшнюю обстановку, которая способна только задержать нравственное развитіе ребенка или сообщить ему гибельное направленіе, послѣдній поражаетъ своею удивительною смышленностью, чистотою и чуткостью нравственнаго чувства. Еще чаще видимъ мы, что дѣти, поставленные въ одинаковыя внѣшнія условія, при одинаковой заботливости объ ихъ обученіи и воспитаніи и отсутствіи какихъ либо рѣзкихъ отличій въ физической организаціи, представляютъ тѣмъ не менѣе значительныя различія какъ въ своемъ умственномъ прогрессѣ, такъ еще болѣе въ развитіи ихъ нравственнаго чувства. Но, даже останавливаясь только на тѣхъ вліяніяхъ, которыя болѣе или менѣе намъ извѣстны, приходится сознаться, что мы не имѣемъ никакого средства для опредѣленія истинныхъ размѣровъ этихъ вліяній въ каждомъ индивидѣ, На основаніи изложеннаго авторъ приходитъ къ слѣдующимъ выводамъ: 1) Невозможно опредѣлить a priori моментъ, въ который человѣческій разумъ достигаетъ той ступени развитія, которая узаконяетъ уголовную вмѣняемость; 2) даже путемъ наблюденія

нельзя указать точнаго предѣла, приложимаго ко всѣмъ дѣтямъ; 3) для каждаго индивида въ частности нѣтъ внѣшняго и достовѣрнаго признака, по которому можно было бы рѣшить, что тотъ или другой индивидъ въ такую то опредѣленную эпоху жизни долженъ обладать качествами, обусловливающими нравственную вмѣняемость дѣятеля; 4) вопросъ о вмѣненіи не можетъ, слѣдовательно, быть разрѣшаемъ на основаніи какого-либо общаго правила, а только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; 5) вмѣненіе можетъ быть только результатомъ впечатлѣнія, произведеннаго на сознаніе судьи совокупностью фактовъ и условій даннаго случая. Строго говоря, замѣчаетъ далѣе Rossi, выводы эти приложимы къ каждому обвиняемому, въ какомъ бы возрастѣ онъ ни находился, ибо нравственныя качества (la moralité) дѣятеля— индивидуальный фактъ, который, по самой природѣ, противится подчиненію его какому-либо общему и непоколебимому правилу. Dire aux juges: Toutes les fois qu'un homme de tel âge aura été l'auteur d'un fait défendu, vous l'en déclarerez coupable, c'est leur dire: Toutes les fois qu'on vous prouvera que le baromètre est à telle hauteur, vous prononcerez qu'il fait beau temps. Изъ опыта однако же мы знаемъ, что на 100 дѣтей, совершившихъ воспрещенныя закономъ дѣянія, 80 не подлежатъ нравственной отвѣтственности, тогда какъ на 100 взрослыхъ едва найдется одинъ, котораго избавляетъ отъ законныхъ послѣдствій преступленія состояніе его умственныхъ способностей, а потому мы и дѣлаемъ отсюда тотъ выводъ, что вообще дѣти неотвѣтственны, а взрослые отвѣтственны. Такое заключеніе является правильнымъ (légitime), если не выходитъ изъ границъ *презумпціи*, если оно выражается (se traduit) въ слѣдующей формулѣ: tout enfant est irresponsable, à moins qu'on ne prouve que le principe de la moralité s'était développé en lui avant le fait qu'il a commis; tout homme est responsable, à moins qu'on ne prouve que, par une exception individuelle, il y avait chez lui absence du principe créateur de l'imputabilité.

Какъ скоро однако намъ предстоитъ опредѣлить тотъ годъ человѣческаго возраста, въ который первая презумпція должна исчезнуть, чтобы уступить мѣсто второй, мы снова встрѣчаемся съ тѣми же трудностями, такъ какъ вопросъ не допускаетъ безусловнаго отвѣта, приложимаго ко всякому времени и мѣсту. Физическое и умственное развитіе человѣка ускоряется или замедляется въ зависимости отъ климата и свойства политиче-

скихъ и нравственныхъ учрежденій страны. Только путемъ наблюденій, изслѣдованія данныхъ, добытыхъ статистикою, возможно опредѣлить, для каждаго даннаго государства, точку, отдѣляющую возрастъ, въ которомъ *большинство* физическихъ виновниковъ наказуемыхъ дѣяній дѣйствуетъ еще безъ разумѣнія, отъ возраста, въ которомъ *громадное большинство* обвиняемыхъ дѣйствовало съ разумѣніемъ, другими словами: возрастъ, къ которому должно примѣнить презумпцію неотвѣтственности, отъ такого, гдѣ наоборотъ примѣнима презумпція отвѣтственности. Авторъ не находитъ основаній возражать противъ того, что французскій кодексъ поставилъ разграничивающею чертою 16-тилѣтній возрастъ, но, по мнѣнію его, подобное разграниченіе нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что оно обязываетъ присяжныхъ обвинить подсудимаго, которому 16 лѣтъ и одинъ мѣсяцъ, какъ скоро недоказано, что во время совершенія дѣянія онъ страдалъ помѣшательствомъ. Наличность разумѣнія въ лицѣ, достигшемъ 16 ти лѣтняго возраста, можетъ быть только предполагаема (présumée) законодателемъ, а затѣмъ обсужденіе вопроса о вмѣняемости совершенно индивидуально и должно быть предоставлено совѣсти присяжныхъ. Всякій законъ, несогласный съ этимъ принципомъ, былъ бы положительно неправомѣрнымъ (radicalement illégitime); исполнять его значило бы преступать священнѣйшую изъ человѣческихъ обязанностей. Если, по выслушаніи преній, присяжные убѣдятся, что обвиняемый, хотя и старше 16 лѣтъ, дѣйствовалъ тѣмъ не менѣе безъ разумѣнія, они должны оправдать его, какъ сдѣлали бы это въ томъ случаѣ, если бы ему не было еще 16 лѣтъ. En matière d'imputabilité, замѣчаетъ авторъ, sur tout ce qui concerne la moralité des agents, le législateur donne des directions plutôt que des lois. Различіе между обвиняемыми, недостигшими 16 лѣтъ, и тѣми, которые перешли за эту возрастную грань, представляется однако же весьма важнымъ. Прежде всего оно побуждаетъ судъ относиться съ особымъ вниманіемъ къ вопросу о вліяніи возраста на вмѣняемость дѣятеля; оно налагаетъ на обвиненіе обязанность доказать, что обвиняемый, недостигшій 16 лѣтъ, дѣйствовалъ съ разумѣніемъ; оно обязываетъ судъ къ постановкѣ на разрѣшеніе присяжныхъ особеннаго вопроса о томъ, дѣйствительно ли обвиняемый обладалъ разумѣніемъ въ моментъ совершенія дѣянія. Словомъ, оно устанавливаетъ *презумпцію въ пользу* лицъ, недостигшихъ 16 лѣтъ, узаконяя вмѣстѣ съ тѣмъ,

и то начало, что обратная презумпція можетъ быть выставлена только противъ лицъ, совершившихъ уголовно-наказуемое дѣяніе послѣ достиженія 16 лѣтняго возраста. Во вторыхъ, такъ какъ человѣкъ переходитъ изъ одного состоянія въ другое только путемъ послѣдовательныхъ измѣненій, то возрастъ служитъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ оправдательнымъ, въ иныхъ—извиняющимъ мотивомъ: оправдательнымъ, если ребенокъ дѣйствовалъ безъ разумѣнія,—извиняющимъ, если онъ хотя и дѣйствовалъ съ разумѣніемъ, но переживалъ ту жизненную эпоху, когда необдуманность и легкомысліе составляютъ, такъ сказать, естественное явленіе. Лучше было бы однако, если бы законъ самъ смягчалъ въ этихъ случаяхъ наказаніе. Далѣе, законодатель, желая опредѣлить путемъ закона ту черту, которая отграничиваетъ возрастъ, имѣющій за себя презумпцію неотвѣтственности, отъ возраста съ противоположною презумпціею, обязанъ продлить первый періодъ далѣе границы, опредѣленной наблюденіями и статистическими данными. Узаконяемое правило, являясь общею формулою, выведенною изъ извѣстнаго числа отдѣльныхъ случаевъ, не есть выраженіе безусловной истины, а потому законодатель долженъ предоставить шансы ошибкѣ въ пользу презумпціи безотвѣтственности, а не обратно. Если нѣсколько молодыхъ людей избѣгнутъ, можетъ быть, заслуженнаго ими наказанія, или подвергнутся ему въ низшей мѣрѣ—это не важно; но осужденіе, несправедливо запятнавшее молодую жизнь, осужденіе, поражающее своими неизгладимыми ударами заблужденія ранней молодости, было бы плачевнымъ явленіемъ, возмущающимъ и уничтожающимъ правосудіе. Хотя указанія закона относительно возраста обвиняемаго безсильны отнять у суда право свободнаго сужденія по вопросу о вмѣняемости и право оправдывать подсудимаго, несмотря на его возрастъ, если онъ, повидимому, дѣйствовалъ безъ разумѣнія, однако вполнѣ естественно, что мнѣніе законодателя вліяетъ на умы присяжныхъ, вслѣдствіе чего послѣдніе невольно склоняются къ презумпціи не въ пользу подсудимаго, который перешолъ за возрастъ, назначенный закономъ, и дѣлаются менѣе способными къ нравственной оцѣнкѣ доказательствъ, стремящихся устранить его вмѣняемость. Безъ сомнѣнія было бы смѣшно продолжить до гражданскаго совершеннолѣтія примѣненіе презумпціи въ пользу подсудимаго, такъ какъ понятія о добрѣ и злѣ становятся доступны человѣку раньше, нежели способности, необходимыя для самостоятельнаго

завѣдыванія своими дѣлами; слѣдовательно, срокъ, коимъ начинается презумпція вмѣняемости, долженъ быть ниже 21 года. Но опредѣляя исходную точку презумпціи отвѣтственности возрастомъ около 16 лѣтъ, было бы нераціональнымъ, останавливаться на этомъ единственномъ разграниченіи и допускать привлеченіе къ суду дѣтей 7—8 лѣтъ. Презумпціи положительная и отрицательная, по мѣрѣ удаленія ихъ отъ общей имъ исходной точки, идутъ, каждая въ своемъ направленіи, въ увеличивающейся прогрессіи. Презумпція невинности достигаетъ своего maximum'а въ дѣтскомъ возрастѣ отъ 2—3 лѣтъ, презумпція виновности— въ человѣкѣ 20—25 лѣтъ. Между днемъ рожденія человѣка и его 16-тилѣтнимъ возрастомъ существуетъ точка, на которой презумпція невинности ослабляется настолько, что индивидуальное дѣйствіе требуетъ анализа. Но до достиженія этой точки презумпція невинности настолько сильна, что не допускаетъ мѣста анализу.

Что касается старческаго возраста, то хотя онъ и является причиною, ослабляющею умственныя способности человѣка, но не составляетъ ни извиняющаго обстоятельства, ни тѣмъ менѣе факта, несовмѣстнаго съ вмѣняемостью субъекта. Поэтому здѣсь должна существовать презумпція отвѣтственности, пока послѣдняя не будетъ разрушена противоположными доказательствами, свидѣтельствующими о совершенномъ слабоуміи подсудимаго.

О вліяніи ошибки на вмѣненіе.

I.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, стр. 246 и слѣд.

Къ условіямъ, устраняющимъ возможность вмѣненія лицу совершеннаго имъ дѣйствія (Zurechenbarkeit) авторъ относитъ: а) ошибку, б) принужденіе и в) случай (въ тѣсномъ смыслѣ).

Ошибка, въ широкомъ смыслѣ этого слова, обнимаетъ собою какъ незнаніе, такъ и ложное знаніе. Отъ незнанія, т. е. недостатка представленія о чемъ либо, ошибка въ тѣсномъ смыслѣ отличается тѣмъ, что заблуждающійся, хотя и имѣетъ извѣстное представленіе о предметѣ, но ложное, ошибочное. Ошибка въ

тѣсномъ смыслѣ имѣетъ такимъ образомъ не только положительное значеніе, указывая на *наличность ложнаго* представленія о предметѣ, но также и отрицательное значеніе, указывая на *недостатокъ правильнаго* представленія.

Юридическая ошибка, въ примѣненіи къ вопросу о наказуемости дѣйствія или упущенія, можетъ выражаться въ незнаніи постановленія закона, воспрещающаго данное дѣйствіе или несодѣяніе предписаннаго закономъ, или же въ заблужденіи относительно карательныхъ послѣдствій поступка, относительно рода и мѣры наказанія.

Положеніе, что незнаніе закона и юридическое заблужденіе не служатъ оправданіемъ совершеннаго противозаконнаго дѣянія (error juris nocet), признававшееся какъ старою доктриною, такъ и относительными теоріями наказанія, (несмотря на то, что послѣднія исходили изъ психическаго воздѣйствія угрозы закона), основывалось или на соображеніяхъ уголовной политики (dass andernfalls die Herrschaft der Gesetze von dem Belieben und der Nachlässigkeit der Einzelnen abhängig werde), или же на презумпціи, что каждый дѣйствительно воспользовался предоставленною ему чрезъ обнародованіе закона возможностью знать о его существованіи. Изъ этого общаго правила допускались, впрочемъ, по различнымъ основаніямъ, исключенія. Возраженія противъ допустимости презумпціи знанія уголовнаго закона привели прежде всего къ установленію различія между знаніемъ угрожаемаго въ законѣ наказанія съ одной стороны и знаніемъ наказуемости, противозаконности (Strafbarkeit, Strafwürdigkeit, Rechtswidrigkeit, Pflichtwidrigkeit) дѣйствія—съ другой, причемъ только втораго рода незнаніе считалось презумпціею вины и наказуемости; правило ignorantia juris nocet выводилось уже изъ того соображенія, что если и нельзя ожидать отъ каждаго знакомства съ подлежащими узаконеніями, то свѣдѣнія о законопротивности извѣстныхъ дѣйствій пріобрѣтаются опытомъ, подсказываются каждому самою жизнью въ цивилизованномъ обществѣ.

Оставляя въ сторонѣ особые исключительные случаи, какъ напр. когда дѣйствіе учинено иностранцемъ, представителемъ націи, стоящей на низшей ступени культуры, или когда рѣчь идетъ о такомъ дѣйствіи, коимъ нарушена юридическая норма, касающаяся какихъ либо новыхъ государственныхъ институтовъ, еще не успѣв-

шихъ проникнуть въ сферу народнаго сознанія,—можно, основываясь на указаніяхъ опыта, принять такое предположеніе за отправную точку. Но изъ него можетъ быть сдѣланъ лишь тотъ выводъ, что по общему правилу ссылка на незнаніе закона должна быть признаваема неуважительною отговоркою; выводъ же, что подобная ссылка ни въ какомъ случаѣ не заслуживаетъ уваженія приводитъ къ совершенно недопустимой презумпціи. Человѣкъ, обладающій необходимыми для вмѣненія качествами, можетъ не знать той или другой нормы, но въ каждомъ такомъ субъектѣ предполагается та доза нравственнаго развитія, которая необходима для распознанія преступнаго характера всѣхъ тѣхъ дѣйствій, кои воспрещаются закономъ подъ страхомъ наказанія, какъ противорѣчащія нравственному долгу, такъ какъ этого рода свѣдѣнія пріобрѣтаются изъ жизненнаго опыта, помимо знанія законовъ. Nicht die Kenntniss des Strafgesetzes und von ihm gedrohter Strafe, nicht das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung, sondern lediglich und allein das Handeln wider die erkannte Pflicht bildet die Voraussetzung der Schuld und Strafbarkeit, und die Zurechenbarkeit der Handlung als einer schuldhaften und strafbaren ist darum in allen Fällen in denen diese Pflichterkenntniss wirklich mangelt, ausgeschlossen.

По мнѣнію Hälschner'а, нельзя допустить дѣлаемаго криминалистами различія между извинительнымъ и неизвинительнымъ незнаніемъ закона, въ томъ смыслѣ, что только первое исключаетъ возможность вмѣненія дѣйствія, какъ наказуемаго, но не второе. О неизвинительномъ незнаніи закона могла бы быть рѣчь въ такомъ только случаѣ, если сознанная дѣятелемъ преступность (Pflichtwidrigkeit) побуждала его къ ознакомленію съ закономъ, но въ такомъ случаѣ вина и наказуемость дѣятеля основываются не на неизвинительности незнанія закона (nicht die schuldhaft unterlassene Kenntnissnahme des Rechtsgesetzes), а на томъ, что имъ было сознано противорѣчіе учиненнаго дѣйствія нравственному долгу. Какъ скоро однако такое сознаніе своего долга (Pflichterkenntniss) отсутствуетъ, нельзя основывать неизвинительность (Schuldhaftigkeit) незнанія закона на томъ, что каждому, чрезъ обнародованіе закона во всеобщее свѣдѣніе, предоставлялась возможность съ нимъ ознакомиться, такъ какъ только дѣйствительное, а не возможное знаніе долга образуетъ предположеніе вины и наказуемости. Если бы обнародованіе

закона имѣло не только то значеніе, что такимъ путемъ каждому предоставляется возможность пріобрѣсти необходимыя юридическія свѣдѣнія, но вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлало бы для каждаго знаніе закона обязательнымъ подъ страхомъ наказанія, то съ точки зрѣнія справедливости должно бы облагаться наказаніемъ только неисполненіе обязанности знать законъ (Unterlassen der Kenntnissnahme), а не самое дѣйствіе, учиненное вслѣдствіе незнанія закона и остающееся непреступнымъ.

Нельзя равнымъ образомъ допустить, чтобы юридическая ошибка различно вліяла на наказуемость, смотря по роду преступнаго дѣянія. До послѣдняго времени въ доктринѣ и законодательствахъ, въ соотвѣтствіе съ дѣленіемъ преступныхъ дѣяній на delicta juris gentium и juris civilis, господствовалъ тотъ взглядъ, что юридическая ошибка по отношенію къ такъ называемымъ Gesetzesverbrechen, случаямъ полицейской неправды, должна, въ видѣ изъятія изъ общаго правила, разсматриваться какъ обстоятельство, устраняющее отвѣтственность (als entschuldigend) на томъ основаніи, что нельзя утверждать съ увѣренностію, что знаніе тѣхъ обязанностей, которыя нарушаются лицомъ въ подобныхъ случаяхъ, могло быть имъ пріобрѣтено изъ жизненнаго опыта. Напротивъ того, въ новѣйшее время криминалисты склоняются къ тому мнѣнію, что изъятія изъ общаго правила, по которому юридическая ошибка не можетъ служить извиненіемъ, не должны быть распространяемы на случаи полицейской неправды, такъ какъ въ видахъ обезпеченія государственныхъ и общественныхъ интересовъ существенно необходимо, чтобы наказуемость случаевъ полицейской неправды, опредѣлялась исключительно объективною стороною дѣйствія, а не субъективною виновностью дѣятеля. Ошибочное подведеніе дѣйствія подъ юридическую норму (Subsumtions-Irrthum) имѣетъ въ основаніи своемъ или юридическое или фактическое заблужденіе и потому не можетъ быть разсматриваемо, какъ самостоятельный видъ ошибки. Германское уложеніе не содержитъ никакого постановленія касательно юридической ошибки, упоминая только о фактическомъ заблужденіи (§ 59), изъ чего слѣдуетъ заключить, что оно, подобно прусскому кодексу, молчаливо признаетъ традиціонное положеніе: error juris nocet.

Вмѣненіе и наказуемость дѣйствія устраняются вслѣдствіе заблужденія относительно тѣхъ фактовъ, знаніемъ коихъ

обусловливалась распознаваемость преступнаго характера дѣйствія. По поводу мнѣнія нѣкоторыхъ криминалистовъ (Temme, Ortmann, Zittelmann), признающихъ, что всякое различіе между юридической ошибкой и фактической является лишеннымъ значенія, Hälschner замѣчаетъ, что мнѣніе это конечно справедливо въ томъ отношеніи, что бытіе (Dasein) юридическаго положенія есть также фактъ и поэтому юридическая ошибка также относится къ факту. Но именно этотъ фактъ имѣетъ особенное, отличное отъ другихъ фактовъ значеніе и совершенно неправильно утверждаютъ, что ошибка касательно правоваго положенія и ошибка фактическая могутъ оказывать одинаковое вліяніе на уголовную оцѣнку (strafrechliche Beurtheilung) дѣйствія. Значеніе такого различія между обоими видами ошибки выражается въ томъ, что послѣдствія фактической ошибки различны, смотря по тому, извинительна она или неизвинительна (ein schuldloser oder schuldhafter Irrthum), тогда какъ въ отношеніи юридической ошибки такое разграниченіе недопустимо. Относится ли ошибка къ юридическому факту или къ факту, не имѣющему юридическаго значенія,—это безразлично, но въ первомъ случаѣ слѣдуетъ различать, представляется ли ошибка касательно юридическаго факта, въ основаніи своемъ фактическою или юридическою. Als factischer Irrthum kommt also der auf eine rechtliche Thatsache sich beziehende nur insoweit in Betracht als er seinem Grunde nach ein factischer nicht ein Rechtsirrthum ist. Кто, принявъ чужую вещь за свою, считаетъ себя ея собственникомъ, тотъ находится подъ вліяніемъ фактической ошибки, но тотъ, кто, вслѣдствіе ошибочнаго пониманія постановленій гражданскаго права, полагаетъ, что пріобрѣлъ право собственности на вещь, дѣйствуетъ подъ вліяніемъ юридическаго заблужденія. Нѣкоторыя писатели ограничиваютъ понятіе юридической ошибки въ уголовномъ правѣ тѣми случаями, когда она касается одного изъ правовыхъ положеній, охраняемыхъ закономъ угрозою наказанія, признавая ошибочное пониманіе положеній, относящихся къ другимъ отраслямъ права (гражданскаго церковнаго и т. д.) фактическимъ заблужденіемъ. Мотивомъ такого несостоятельнаго воззрѣнія послужило намѣреніе присвоить подобной ошибкѣ, какъ лишающей дѣятеля возможности распознать преступный характеръ дѣйствія, значеніе оправдывающаго обстоятельства, и не допустить здѣсь примѣненія положенія error juris nocet съ вытекающими изъ него послѣдствіями. Такъ какъ дѣя

телю могутъ быть вмѣнены въ вину за dolus только тѣ изъ последствій учиненнаго имъ дѣянія, которыя отвѣчаютъ намѣренію дѣятеля, то при вмѣненіи послѣдствія не могутъ быть принимаемы въ соображеніе тѣ фактическія обстоятельства (Thatumstände), наличность которыхъ въ данномъ случаѣ не была вовсе извѣстна дѣятелю и которыя, слѣдовательно, не могли имѣть опредѣляющаго вліянія на его представленіе и волю.

Незнаніе или заблужденіе относительно факта можетъ имѣть въ результатѣ, или то, что дѣйствіе, хотя и вмѣняется лицу какъ умышленно имъ учиненное, но облагается меньшимъ наказаніемъ, чѣмъ въ другихъ случаяхъ, въ виду того, что незнаніе касалось такого обстоятельства, которымъ обусловливалась большая наказуемость дѣянія, или же то, что дѣйствіе не можетъ быть вмѣнено лицу за dolus, такъ какъ фактъ, который, по неизвѣстности его дѣятелю, пришлось отбросить, принадлежитъ къ законному составу даннаго преступнаго дѣянія, и потому преступной волѣ недостаетъ требуемаго для бытія преступленія, конкретнаго выраженія (Gestaltung). Въ послѣднемъ случаѣ однако остается еще рѣшить вопросъ о томъ, было ли заблужденіе безвинное или заключало въ себѣ вину, и если было преступно, то сопровождалось ли дѣйствіе уголовнонаказуемыми или правомѣрными послѣдствіями; при этомъ дѣйствіе можетъ быть признано или вполнѣ исключающимъ всякую виновность дѣятеля или повлечь для него отвѣтственность въ гражданскомъ порядкѣ.

Германское уложеніе, говоря о фактическомъ заблужденіи, имѣетъ въ виду только ошибку относительно фактовъ, принадлежащихъ къ законному составу преступленія, а также тѣхъ, которые, по опредѣленію закона (*) возвышаютъ наказуемость дѣянія, но не такую фактическую ошибку, которая относится къ мотиву дѣйствія или подъ вліяніемъ которой дѣятель не достигаетъ (verfehlt) предположенной имъ цѣли; этого рода ошибка, не имѣя вліянія ни на одинъ изъ моментовъ вмѣненія, остается безъ всякаго значенія для уголовно-юридической оцѣнки и наказуемости

(*) Подъ фактическими обстоятельствами, вліяющими на усиленіе наказуемости дѣянія, о которыхъ говоритъ § 59 герм. улож., слѣдуетъ разумѣть только тѣ, отъ которыхъ законъ ставитъ въ зависимость большую наказуемость, а не тѣ, которыхъ оцѣнка представлена судьѣ при опредѣленіи мѣры наказанія.

дѣянія. Сюда относится, во первыхъ, совершеніе преступленія не надъ тѣмъ объектомъ, который дѣятель имѣлъ въ виду (error in corpore), гдѣ результатомъ ошибки является несоотвѣтствіе между намѣреніемъ дѣятеля и наступившимъ послѣдствіемъ, не имѣющее однако никакого значенія для вмѣненія дѣянія за dolus. Für die Zurechnung der That zur Absicht ist aber diese Differenz der Absicht und des Erfolges bedeutungslos, denn die Verwechselung hat nur dies zur Folge, dass der Thäter seinen Zweck verfehlt, ein Moment in der Willensbestimmung des Thäters, welches bei der Zurechnung nicht in Betracht kommt, weil für das Gesetz und den gesetzlichen Thatbestand das concrete Object gleichgiltig ist, wofern es nur ein überhaupt geeignetes und dasjenige ist, gegen welches nach der Absicht des Thäters seine vorsätzliche Thätigkeit im Augenblicke der That gerichtet war.

Общее положеніе, выраженное въ § 59 Герм. улож., должно однако имѣть примѣненіе къ случаямъ такъ называемымъ aberratio delicti, отклоненія преступнаго дѣйствія, гдѣ преступленіе, хотя также совершается не надъ предположеннымъ объектомъ, но не вслѣдствіе смѣшенія дѣятелемъ одного объекта съ другимъ, а вслѣдствіе непредвидѣннаго имъ отклоненія его дѣятельности отъ желаемаго направленія. Въ случаѣ аберраціи дѣйствія существуетъ предположеніе, что дѣятельность лица дѣйствительно направлена противъ того объекта, надъ которымъ онъ вознамѣрился совершить преступленіе, и послѣднее должно быть поэтому безусловно вмѣнено ему въ вину какъ умышленное, является-ли оно оконченнымъ преступленіемъ или только покушеніемъ. Если же одновременно съ объектомъ, противъ котораго дѣяніе было умышлено, пострадалъ отъ того же дѣянія и другой объектъ, или вмѣсто одного другой, то и здѣсь остается въ силѣ положеніе, что для вмѣненія за dolus требуется не только наступленіе причиненнаго дѣятелемъ и соотвѣтствующаго его намѣренію послѣдствія, но и то, чтобы воспроизводящая послѣдствіе дѣятельность (verursachende Thätigkeit) была умышленно направлена на объектъ, задѣтый ея дѣйствіемъ. Нельзя сомнѣваться въ томъ, что этотъ, необходимый для вмѣненія за dolus, моментъ отсутствуетъ въ случаѣ аберраціи, когда дѣйствіе противъ намѣренія дѣятеля отразилось еще на другомъ объектѣ. Такое послѣдствіе является непредвидѣннымъ и потому самому неумышленнымъ, а слѣдовательно, самое большее, что можетъ быть вмѣнено дѣятелю въ вину какъ причиненное по неосторожности. Съ такимъ же значеніемъ является дѣйствіе и

тогда, если вмѣсто объекта, на который было умышленно направлено, оно, противъ намѣренія дѣятеля, поражаетъ другой объектъ. И въ этомъ случаѣ дѣйствіе, хотя и выполненное надъ объектомъ, на который было умышленно направлено, является однако только покушеніемъ, а то дѣйствіе, которое, противъ намѣренія дѣятеля, выполнено надъ другимъ объектомъ, должно подлежать наказанію какъ оконченное неосторожное преступленіе. Такимъ образомъ, въ отличіе отъ смѣшенія объектовъ, при аберраціи преступнаго дѣйствія, послѣднее всегда находится въ отношеніи причинности къ двумъ объектамъ: къ одному—какъ умышленное, къ другому—какъ неумышленное, хотя иногда и заключающее въ себѣ вину.

Совершенно такъ же слѣдуетъ разсматривать и тотъ случай, когда дѣятель ошибочно считаетъ, что преднамѣренное послѣдствіе имъ уже воспроизведено, въ дѣйствительности же производитъ таковое въ отношеніи подлежащаго объекта лишь дальнѣйшею своею дѣятельностью, руководимою совершенно другимъ намѣреніемъ. Если преступная дѣятельность не привела къ преднамѣренному результату, то дѣятель виновенъ только въ покушеніи. Необходимымъ слѣдствіемъ ошибочнаго представленія дѣятеля о томъ, что преступленіе уже выполнено, является то, что всякая дальнѣйшая его дѣятельность, направленная на тотъ же объектъ, не можетъ проистекать изъ намѣренія совершить надъ нимъ то самое преступленіе, въ учиненіи котораго дѣятель убѣжденъ. Если поэтому первоначально предположенное послѣдствіе воспроизведено только этою дальнѣйшею дѣятельностью, то оно является неумышленнымъ и, самое большее, можетъ быть вмѣнено за culpa. Необходимымъ предположеніемъ здѣсь является дѣйствительное устраненіе ошибкою дальнѣйшаго существованія преступнаго умысла и, слѣдовательно, сюда не подойдетъ тотъ случай, когда послѣдующая за тѣми дѣйствіями, посредствомъ которыхъ лицо намѣревалось совершить преступленіе, дѣятельность была предпринята съ цѣлью вполнѣ обезпечить наступленіе преднамѣреннаго результата.

Говоря о заблужденіи относительно фактическихъ обстоятельствъ, возвышающихъ наказуемость, § 59 Герм. улож. не упоминаетъ наряду съ этимъ объ ошибкѣ въ фактахъ, ослабляющихъ или уничтожающихъ наказуемость. По мнѣнію Hälschner'а, въ упомянутой статьѣ германскаго кодекса должно разумѣть и ошибку, относящуюся къ этого рода фактическимъ обстоятель-

ствамъ, насколько эти обстоятельства, входя въ законный составъ преступнаго дѣянія, обусловливаютъ его меньшую наказуемость или полную безнаказанность въ силу закона. Такимъ образомъ, на сколько законъ основываетъ смягченіе наказанія или безнаказанность на фактическихъ обстоятельствахъ, которыя, по его предположенію, могутъ оказывать вліяніе на волю дѣятеля, эти обстоятельства не могутъ быть вмѣнены дѣятелю, который по поводу ихъ впалъ въ заблужденіе.

Отсюда слѣдуетъ, что какъ скоро дѣйствіе по своимъ внѣшнимъ признакамъ соотвѣтствуетъ законному составу наказуемаго дѣянія и преднамѣрено дѣятелемъ именно въ этомъ его уголовно-юридическомъ значеніи, то оно подлежитъ наказанію соотвѣтствен по этому его значенію и что основаніе, уменьшающее или устраняющее наказуемость по закону, не служитъ въ пользу подсудимаго, коль скоро ему были неизвѣстны фактическія обстоятельства, отъ наличности коихъ зависитъ смягченіе или устраненіе наказанія. Наоборотъ тотъ фактъ, что дѣятель ошибочно полагалъ, что смягчающія или уничтожающія наказуемость обстоятельства существуютъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ таковыхъ не имѣется на лицо, не можетъ быть поставленъ ему въ вину, и здѣсь также дѣйствіе должно быть вмѣнено лишь въ томъ юридическомъ его значеніи (Werthe), въ которомъ оно было преднамѣрено дѣятелемъ.

Въ нѣкоторыхъ однако же случаяхъ ошибка, даже относящаяся къ такому моменту, который входитъ въ законный составъ дѣянія и отъ котораго законъ ставитъ въ зависимость смягченіе или исключеніе наказанія,—не оказываетъ никакого вліянія на уголовно-юридическую оцѣнку дѣянія. Смягченіе наказанія или полная безнаказанность, несмотря на наличность такой ошибки, наступаетъ въ такомъ случаѣ, если законъ ставитъ такое облегченіе въ зависимость отъ обстоятельствъ, которыя для конкретнаго бытія умысла (für die Gestaltung des Vorsatzes) являются безразличными и знаніе или незнаніе которыхъ лишено поэтому всякаго значенія для юридической оцѣнки дѣянія. Такъ смягченіе наказанія вслѣдствіе юнаго возраста дѣятеля имѣетъ мѣсто и въ такомъ случаѣ, когда напр. дѣятель ошибочно полагалъ, что ему болѣе 18 лѣтъ, ибо такою ошибкою не устраняется самое основаніе, мотивирующее смягченіе наказанія — несовершенное образованіе характера.

Изъ того, что фактическое заблужденіе исключаетъ возможность вмѣненія дѣятелю за dolus послѣдствія, причиненнаго его дѣйствіемъ, не слѣдуетъ однако, чтобы дѣйствіе его было непреступнымъ и ненаказуемымъ. Въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ законъ ставитъ подъ угрозу наказанія и неосторожную преступность дѣйствія, фактическая ошибка служитъ извиненіемъ лишь подъ тѣмъ условіемъ, что ошибка относительно обстоятельствъ, имѣющихъ значеніе для юридической оцѣнки дѣйствія, была извинительною (ein entschuldbarer war). (О физическомъ принужденіи см. ниже).

Наконецъ, вмѣнимость дѣйствія исключается въ тѣхъ случаяхъ, когда къ сознательному и произвольному дѣйствію присоединяется такое послѣдствіе, которое не находится ни въ какой связи ни съ волею, не съ разумѣніемъ дѣятеля,—послѣдствіе, хотя и причиненное дѣятелемъ, но котораго послѣдній не предвидѣлъ и не могъ предвидѣть и не стоящее поэтому въ такомъ отношеніи къ волѣ, которымъ обусловливается отвѣтственность дѣятеля. Такое послѣдствіе Hälschner называетъ случайнымъ въ тѣсномъ смыслѣ (Zufall im engeren Sinne) въ отличіе отъ дѣйствія, являющагося случайнымъ въ широкомъ смыслѣ этого слова, куда относится все то, что дѣятель не можетъ приписать себѣ (als das Seinige anzuerkennen) и за что онъ не подлежитъ отвѣтственности.

II.

Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, стр. 59 и слѣд.

Невѣдѣніе закона и юридическое заблужденіе могутъ имѣть, по мнѣнію Geib'а, вліяніе на вмѣненіе въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда дѣятелю не было вовсе извѣстно о томъ, что его дѣяніе наказуемо, но не тогда, когда ему были неизвѣстны только родъ и размѣръ слѣдующаго по закону наказанія. Если такое невѣдѣніе или заблужденіе произошло не по винѣ дѣятеля (что возможно допустить лишь въ рѣдкихъ случаяхъ и только по отношенію къ такъ называемымъ delicta juris civilis), при дѣйствительной невозможности пріобрѣсти необходимыя правовыя познанія, то опредѣляемость дѣятеля перспективою (durch die Aussicht) наказанія становится невозможною; вмѣненіе и наказуемость исключаются. Невѣдѣніе или заблужденіе неизвинительное, не устраняя вмѣняемости дѣятеля, сохраняетъ однако значеніе умень-

шающаго вину его обстоятельства. Фактическое заблужденіе (ignorantia s. error facti) имѣетъ мѣсто, когда дѣятель думаетъ совершить или вполнѣ дозволенное или по крайней мѣрѣ менѣе преступное дѣйствіе, но вслѣдствіе нѣкоторыхъ, ему неизвѣстныхъ обстоятельствъ, дѣйствіе его становится вредоноснымъ (напр. дача яда вмѣсто сахару) или наказуемымъ въ высшей мѣрѣ (напр. вмѣсто homicidium ошибочно совершается parricidium). Сюда же относится тотъ случай, когда неизвѣстные дѣятелю факты являются результатомъ незнанія имъ такихъ юридическихъ положеній, кои относятся не къ области уголовнаго права, а къ какой либо другой отрасли права, напр. къ праву гражданскому; такъ, несобственникъ вещи, который, вслѣдствіе ложнаго пониманія общихъ началъ гражданскаго права считая эту вещь своею, утаиваетъ её или похищаетъ—находится подъ вліяніемъ фактическаго заблужденія. Если такое незнакомство дѣятеля съ фактическими обстоятельствами представляется извинительнымъ, то вмѣненіе и наказуемость устраняются (смотря по тому, какъ далеко простиралось такое невѣдѣніе, по отношенію къ дѣйствію in corpore, или же только той его части, которая обусловливаетъ возвышеніе наказанія); если же незнаніе было неизвинительное, то дѣйствіе или та часть его, которая не была преднамѣрена дѣятелемъ, вмѣняется ему въ вину какъ culpa. Отъ фактической ошибки авторъ отграничиваетъ случай (casus), когда дѣятелю хотя и извѣстны юридическія и фактическія условія, въ которыхъ онъ дѣйствуетъ, но онъ не въ состояніи (вообще или по своимъ индивидуальнымъ качествамъ) предвидѣть тѣ послѣдствія, которыя въ данномъ случаѣ должны произойти отъ его дѣйствія; вмѣстѣ съ невозможностью предвидѣть наступленіе тѣхъ послѣдствій отъ его дѣйствія, которыя составляютъ преступленіе, устраняется и возможность опредѣляться предвидѣніемъ наказанія, какъ слѣдствія этихъ дѣйствій, а потому здѣсь, такъ же какъ и при невѣдѣніи закона и фактической ошибкѣ, исчезаетъ возможность вмѣненія и наказанія.

III.

Schaper, Irrthum in Thatsachen, im Holtzendorff's Handbuche, стр. 172 и слѣд.

Такъ какъ существенные признаки наказуемаго дѣянія представляютъ нераздѣльное внутреннее и внѣшнее единство, то вина

дѣятеля отпадаетъ, какъ скоро одинъ изъ этихъ признаковъ отсутствуетъ въ сознаніи лица. Съ такимъ же значеніемъ является ошибка, относящаяся къ обстоятельствамъ, увеличивающимъ вину. Ошибка обусловливаетъ тѣ же послѣдствія для дѣятеля, какъ и для участника, для подстрекателя какъ и для пособника. Правила эти имѣютъ примѣненіе въ полномъ объемѣ тамъ, гдѣ законъ категорически (ausdrücklich) требуетъ, чтобы дѣяніе, въ моментъ его учиненія, представлялось сознанію дѣятеля въ томъ самомъ видѣ, какъ затѣмъ было имъ совершено, т. е. по отношенію къ преступленіямъ умышленнымъ. Неосторожность часто заключаетъ въ себѣ зародышъ ошибки. Неизвинительное незнаніе фактическихъ обстоятельствъ представляетъ здѣсь недостатокъ той внимательности, которая требуется отъ лица на каждомъ шагу его общественной жизни; таково ошибочное примѣненіе средствъ, дача мышьяку вмѣсто хинина или сахара, сѣрной кислоты вмѣсто водки и т. п.

По поводу того мнѣнія, что ошибка не вліяетъ вовсе на вмѣненіе тѣхъ изъ наказуемыхъ дѣяній, къ которымъ понятія dolus и culpa вообще не могутъ быть прилагаемы, авторъ замѣчаетъ, что въ основѣ этого взгляда, допускающаго существованіе преступленій или хотя бы нарушеній, по отношенію къ которымъ знаніе и воля дѣятеля являются лишенными всякаго значенія, лежитъ неудачный способъ выраженія. Воззрѣніе это имѣетъ свою отправную точку не столько въ положеніяхъ матеріальнаго уголовнаго права, сколько въ правилахъ уголовнаго процесса, а именно въ томъ, что судья можетъ постановить обвинительный приговоръ, не стѣсняясь тѣмъ, что въ фактѣ нарушенія не содержится указаній на умыселъ или неосторожность дѣятеля. Преступность воли, какъ основное условіе всякой уголовно-юридической отвѣтственности, должна и здѣсь быть на лицо. На этомъ основаніи, по разъясненію Оберъ-трибунала отъ 13 іюня 1867 г., нарушеніе полицейскаго предписанія (Polizeigebotes) остается ненаказуемымъ, если оно вытекло изъ убѣжденія, что фактическія условія его обязательности отсутствовали. По самому свойству постановленій закона, заключающихъ въ себѣ положительное предписаніе, отправною точкою при сужденіи дѣянія, заключающагося въ упущеніи, служитъ не вопросъ о томъ, что думалъ и на что рѣшался дѣятель, а о томъ, что имъ сдѣлано и что онъ сверхъ того обязанъ былъ и могъ сдѣлать. Какъ скоро имъ сдѣлано все

то, что необходимо для исполненія налагаемыхъ на него закономъ обязанностей, ненаказуемость его обезпечена, если бы даже фактическая ошибка привела его къ неправильному пониманію дѣйствительнаго положенія вещей. Съ такимъ же значеніемъ для вмѣненія, какъ ошибка относительно обстоятельствъ, увеличивающихъ вину, является ложное представленіе о существованіи обстоятельствъ, исключающихъ наказуемость, которыхъ въ дѣйствительности не имѣется.

Только ошибка, касающаяся обстоятельствъ существенныхъ, оказываетъ вліяніе на вмѣненіе, но не такая ошибка, которая заключается въ смѣшеніи предметовъ, имѣющихъ, въ смыслѣ уголовнаго права, одинаковое значеніе. Такъ какъ юридическія блага, находящіяся подъ охраною уголовнаго закона, разсматриваются со стороны ихъ общественнаго значенія, то съ юридической точки зрѣнія представляется безразличнымъ, кто именно былъ носителемъ того блага, которое было нарушено (in welchem Träger das Gut verletzt worden). Намѣреніе дѣятеля не сдѣлалось, вслѣдствіе такого смѣшенія объектовъ преступленія, кажущимся (zur Scheinabsicht); принадлежали ли украденныя вещи хозяину или сидѣльцу, является ли уничтоженный документъ векселемъ или долговою роспискою,—для состава преступленія безразлично; то же слѣдуетъ сказать и о томъ случаѣ, когда лицо убиваетъ, по ошибкѣ, вмѣсто одного, другаго. Если однако, въ случаѣ подобнаго смѣшенія объектовъ, послѣдніе являются съ различнымъ юридическимъ значеніемъ, причемъ такое различіе обусловливается личными отношеніями къ нимъ дѣятеля, то результатомъ ошибки можетъ быть безнаказанность, или меньшая наказуемость дѣянія; отягчающія же квалификацію дѣянія обстоятельства, какъ оставшіяся дѣятелю неизвѣстными, не вмѣняются ему въ вину. Случай отклоненія дѣйствія отъ предположеннаго направленія (aberratio actus, ictus)—когда въ моментъ дѣйствія, только въ силу внѣшней случайности, мѣсто намѣченнаго объекта заступаетъ другой (имѣющій такое же юридическое значеніе)—долженъ быть обсуждаемъ также, какъ и случай смѣшенія объектовъ. Такое воззрѣніе, прибавляетъ однако авторъ, подвергается сильнымъ нападкамъ.

IV.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, стр. 507 и слѣд.

Уголовная вмѣняемость исчезаетъ, какъ скоро дѣятелю не было извѣстно постановленіе положительнаго закона, коимъ совершенное имъ дѣйствіе воспрещается. „Objecterait on, говоритъ авторъ, que celui qui commet un meurtre, un vol, un incendie, n'a pas besoin de connaître la loi positive pour comprendre que son action est illicite, puisque sa conscience l'en avertit suffisamment? Mais, c'est l'infraction à la loi pénale, et non la violation d'un devoir imposé par la morale, qui constitue le délit. D'ailleurs, ce ne sont pas les notions du juste et de l'injuste, mais les dispositions de la loi positive, qui nous font connaître le caractère délictueux des actions et des inactions réprimées dans un intérêt purement social. Prétendrait on qu'en vertu d'un principe de justice absolue, tout crime doit recevoir son châtiment; que le coupable ne peut donc se plaindre, si on lui fait subir la peine qu'il a méritée? Mais notre législation n'admet point de délits naturels, de faits punissables par eux mêmes et indépendamment de toute loi positive... Enfin, si la loi pénale n'est obligatoire que lorsqu'elle a été dûment publiée et seulement après un certain intervalle, c'est évidemment pour que les particuliers puissent en avoir connaissance et y conformer leurs actions".

Государственная власть, обнародывая законъ въ установленномъ порядкѣ, имѣетъ полное основаніе предполагать, что частныя лица озаботились изученіемъ постановленій дѣйствующаго законодательства. Такая презумпція основывается съ одной стороны на обязанности всѣхъ лицъ, пребывающихъ на территоріи государства, знать законъ, надлежащимъ порядкомъ опубликованный, а съ другой стороны, на возможности пріобрѣсти этого рода познанія въ опредѣленный закономъ срокъ. Но эта презумпція не исключаетъ возможности противнаго. Вопросъ можетъ заключаться лишь въ томъ, имѣетъ-ли обвиняемый право ссылаться на то, что ему не было извѣстно о существованіи даннаго закона.

Въ уголовномъ правѣ не существуетъ непоколебимой (irréfragable) презумпціи виновности; было бы несправедливостью отказывать обвиняемому, хотя бы онъ съ нравственной точки зрѣнія и былъ виновенъ, въ правѣ доказывать свою невиновность въ глазахъ общественнаго правосудія. Съ другой стороны несомнѣнно, что обвиняемый можетъ установить фактъ невѣдѣнія закона лишь

доказавъ, что знаніе этого закона было для него невозможно; если же ему удалось это доказать, то онъ уничтожаетъ законную презумпцію и невѣдѣніе закона оправдываетъ его предъ человѣческимъ правосудіемъ.

Если однако рѣчь идетъ о такого рода дѣяніи, которое уже давно воспрещено закономъ, то обвиняемый не можетъ ссылаться въ свое оправданіе на невѣдѣніе этого закона, по правилу: Quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Возможно, что онъ никогда не читалъ текста этого закона, что онъ не знаетъ его санкціи, но по всей вѣроятности онъ долженъ былъ узнать о его существованіи изъ повседневныхъ разговоровъ, изъ примѣровъ его примѣненія къ другимъ лицамъ и т. п. Это правило приложимо не только къ дѣйствіямъ, которыя по своему смыслу противорѣчатъ понятіямъ нравственности, но и къ такимъ, которыя общество подвергаетъ преслѣдованію вслѣдствіе ихъ опаснаго характера или по политическимъ или финансовымъ соображеніямъ. Особенно предполагается въ людяхъ, занимающихся какою либо спеціальною профессіею, знакомство съ относящимися къ этой профессіи постановленіями закона. Но какъ скоро новый законъ облагаетъ наказаніемъ дѣйствія, остававшіяся до того ненаказуемыми, обвиняемый можетъ быть поставленъ въ невозможность знать тотъ законъ, который имъ былъ нарушенъ; напримѣръ если въ промежутокъ времени, протекшій между обнародываніемъ новаго закона и днемъ, съ котораго онъ вступилъ въ силу, обвиняемый подвергся тяжкой болѣзни, находился въ тюрьмѣ, путешествовалъ за границею. Если при такихъ условіяхъ дѣятелемъ доказано, что онъ совершилъ дѣяніе тотчасъ послѣ событія, воспрепятствовавшаго ему своевременно узнать о существованіи новаго закона, прежде чѣмъ онъ успѣлъ освѣдомиться объ этомъ, — то такое доказательство устраняетъ уголовную отвѣтственность даже въ томъ случаѣ, если дѣяніе представляется противорѣчащимъ нравственности, какъ напр. торговля неграми, дуэль и т. п.

Что касается иностранцевъ, которые, по вступленіи на территорію государства, нарушили уголовный законъ, то необходимо различать дѣянія, караемыя всѣми цивилизованными націями (delicta juris gentium), отъ тѣхъ, преступность которыхъ носитъ мѣстный характеръ (delicta juris civilis, propria civitatis). Въ пер-

вомъ случаѣ здравый смыслъ долженъ подсказать иностранцу, что дѣйствіе его не можетъ оставаться безнаказаннымъ, а потому, при малѣйшемъ сомнѣніи относительно дозволенности дѣйствія, иностранецъ обязанъ воздержаться отъ его совершенія, и ссылка его на невѣдѣніе закона не можетъ быть принята во вниманіе, даже когда воспрещеніе дѣйствія основывается исключительно на мотивахъ публичнаго интереса (délit de convention sociale). Во второмъ же случаѣ иностранцу должно быть предоставлено право доказать, что онъ не имѣлъ возможности узнать о существованіи нарушеннаго имъ закона и представленіе имъ такого доказательства освобождаетъ его отъ всякаго преслѣдованія, безотносительно къ свойству учиненнаго имъ правонарушенія.

Презумпція знанія закона заключаетъ въ себѣ и презумпцію знанія его втораго элемента—уголовной санкціи. Эта презумпція не можетъ быть уничтожена доказательствомъ противнаго, но не въ силу того, что она составляетъ презумпцію juris et de jure, а потому, что нельзя доказать, что лицо было поставлено въ невозможность знать уголовную санкцію закона, зная въ то-же время о его существованіи. Притомъ же и доказанное незнаніе подсудимымъ того, какимъ наказаніемъ облагается совершенное имъ преступное дѣяніе, не могло бы ослабить его уголовной отвѣтственности, такъ какъ, рѣшаясь на дѣйствіе, съ знаніемъ о его запрещенности, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ принимаетъ на себя всѣ послѣдствія своего дѣянія, вытекающія изъ нарушеннаго имъ закона. Обязанность знать законъ предполагаетъ способность примѣнять его къ частнымъ случаямъ, пониманіе лицомъ того, относится ли совершаемое имъ дѣйствіе къ категоріи воспрещаемыхъ закономъ. Но эта законная презумпція правильнаго толкованія закона можетъ считаться непоколебимою лишь въ той же мѣрѣ, какъ и презумпція знанія закона, изъ которой она вытекаетъ, какъ ея логическое слѣдствіе. Чтобы уничтожить эту презумпцію, дѣятель долженъ доказать, что онъ былъ введенъ въ заблужденіе относительно законнаго характера своего дѣйствія или своимъ непосредственнымъ начальникомъ, по приказанію котораго было учинено дѣйствіе (если только приказъ не выходилъ изъ сферы власти начальника и преступность дѣйствія не была очевидною), или же какимъ либо другимъ лицомъ, искусственно вовлекшимъ обвиняемаго въ заблужденіе, или наконецъ тѣмъ, что подобныя же правонарушенія часто, на глазахъ у всѣхъ, оставались безъ

преслѣдованія. Если при такихъ условіяхъ юридическое заблужденіе становится доказаннымъ, то дѣятель или можетъ подлежать отвѣтственности за простую неосторожность, какъ скоро онъ могъ избѣгнуть такой ошибки, или же долженъ быть оправданъ, если отъ ошибки нельзя было остеречься. Внѣ этихъ случаевъ доказательство добросовѣстности заблужденія (l'exception de bonne foi) не можетъ быть допускаемо. Для того, чтобы разрушить презумпцію пониманія смысла закона, дѣятелю недостаточно объявить, что онъ ошибся, недостаточно далѣе сослаться на то, что онъ былъ обманутъ другими лицами, давшими ему ложный совѣтъ, такъ какъ все таки остается недоказаннымъ, раздѣлялъ онъ ихъ мнѣніе, или же нарушеніе закона было преднамѣрено имъ самимъ. У него не остается другаго средства убѣдить судъ въ добросовѣстности своего заблужденія, какъ доказать, что онъ сдѣлался жертвою обмана или введенъ былъ въ заблужденіе самою властью, оставлявшею въ продолженіи нѣкотораго времени подобныя дѣйствія безнаказанными.

Значеніе фактическаго заблужденія для вмѣненія различно, смотря потому, было ли данное дѣйствіе совершено безъ намѣренія нарушить законъ или же съ преступнымъ умысломъ. При первомъ предположеніи, дѣятель можетъ подлежать наказанію за culpa, если законъ караетъ и за неумышленное совершеніе дѣйствія (напр. дача яду вмѣсто лѣкарства), или же освобождается отъ всякой отвѣтственности, если законъ облагаетъ дѣйствіе наказаніемъ только при умышленности его (напр. въ томъ случаѣ, когда лицо, имѣя достаточныя основанія полагать, что прежній бракъ его расторгнутъ, вступаетъ въ новый бракъ). Точно также всякая отвѣтственность исчезаетъ, какъ скоро причиненный вредъ долженъ быть разсматриваемъ, какъ простая случайность, если всякій разсудительный и осторожный человѣкъ могъ бы впасть въ ту же ошибку. Если дѣйствіе совершено съ преступнымъ умысломъ, но дѣятель находился въ заблужденіи относительно одного изъ существенныхъ признаковъ, входящихъ въ составъ того преступленія, совершить которое онъ намѣревался, то преступленіе не существуетъ и дѣйствія лица нельзя даже разсматривать какъ покушеніе. Напр. кто либо, желая похитить чужую вещь, по ошибкѣ уноситъ свою вещь, или намѣревающійся лишить другаго жизни, даетъ ему вмѣсто мышьяка селитру. Если дѣятелю было неизвѣстно какое либо второстепенное обстоятель-

ство, служащее квалифицирующимъ моментомъ по отношенію къ главному дѣйствію, ему можетъ быть вмѣнено только это дѣйствіе, отдѣльно отъ обстоятельства квалифицирующаго. Такъ убійца, которому не было извѣстно о томъ, что убиваемый имъ его отецъ, не виновенъ въ отцеубійствѣ. Слуга, обкрадывающій своего хозяина, въ полной увѣренности, что онъ опустошаетъ карманы совершенно посторонняго лица, не можетъ быть наказанъ за домашнюю кражу. Во всѣхъ другихъ случаяхъ ошибка, будетъ ли она касаться лица или вещи, составляющихъ объектъ посягательства, не служитъ препятствіемъ къ вмѣненію дѣянія, учиненнаго умышленно, и даже не вліяетъ на уменьшеніе отвѣтственности дѣятеля. Напр. кто-либо убилъ Павла, желая убить Петра, поджегъ домъ одного лица, вмѣсто дома другаго лица; подобная ошибка остается совершенно безразличною для вмѣненія.

V.

Lainé, Traité de droit criminel, стр. 154 и слѣд.

Фактическое заблужденіе, подъ вліяніемъ котораго совершено извѣстное дѣйствіе, вполнѣ устраняетъ отвѣтственность дѣятеля, безотносительно къ свойству преступнаго дѣянія. Sans doute, замѣчаетъ авторъ, l'agent était intelligent et libre; mais, les circonstances ne lui ayant point permis d'user de ses facultés, c'est comme si elles lui avaient manqué. Dans l'espèce, il n'y a ni crime ni délit, mais un pur accident. L'homme qui en est l'auteur matériel est aussi irrésponsable qui le serait une chose inanimée. Jl en est ainsi, quel que soit le fait. Что касается тѣхъ случаевъ, когда отсутствіе преступнаго умысла является результатомъ юридическаго заблужденія, т. е. невѣдѣнія или ошибочнаго толкованія закона, то Lainé полагаетъ, что хотя незнаніе закона не предполагается, но съ другой стороны нельзя установить юридической презумпціи знанія закона. Если никто не вправѣ возражать противъ примѣненія къ нему закона, ссылаясь на невѣдѣніе таковаго, то этимъ еще не опредѣляется объемъ дѣйствія правила, обязывающаго знать законъ. Большинство криминалистовъ признаютъ принципъ обязательнаго знанія закона безусловнымъ, недопускающимъ никакихъ изъятій. Несомнѣнно, замѣчаетъ Lainé, что со времени обнародованія закона, на обязанности каждаго лежитъ озаботиться его изученіемъ и правосудію

нѣтъ дѣла до тѣхъ трудностей, которыя можетъ встрѣтить отдѣльное лицо при выполненіи такой своей обязанности, но это только потому, что знаніе закона вполнѣ доступно; возможны однако весьма, правда, рѣдкіе случаи, гдѣ ссылка на незнаніе закона можетъ представляться вполнѣ извинительною; напр. вышелъ законъ, воз водящій ненаказуемое до того времени дѣяніе на степень преступнаго факта; въ моментъ изданія этого закона лица подверглось тяжкой болѣзни, тюремному заключенію и т. п.; едва оно осво бождается отъ недуга или изъ подъ стражи, какъ совершаетъ дѣйствіе, бывшее до того ненаказуемымъ. Подвергать лицо, при подобныхъ условіяхъ, наказанію значило бы стать въ противорѣчіе съ требованіями справедливости и разума, а потому въ подобныхъ случаяхъ, въ особенности когда рѣчь идетъ о такого рода дѣяніи, которое получаетъ преступный характеръ только въ силу предписанія положительнаго закона, отсутствіе умысла, какъ результатъ невѣдѣнія или ошибочнаго пониманія закона, является съ значеніемъ условія невмѣняемости.

О вліяніи обязательнаго приказа на уголовную отвѣтственность дѣятеля.

I.

Ortolan, Éléments de droit pénal, стр. 190 и слѣд.

Если дѣйствіе, подходящее, вслѣдствіе причиняемаго имъ вреда, подъ понятіе преступленія, было повелѣно закономъ и если притомъ всѣ условія выполненія этого дѣйствія согласовались съ предписаніями закона, то дѣятель не можетъ подлежать наказанію. Выполненное умышленно, сознательно и свободно, такое дѣйствіе, безъ сомнѣнія, вмѣнимо субъекту, но вмѣнимо лишь какъ дѣйствіе законосообразное. Начало ненаказуемости исполнившаго законное предписаніе, не будучи чисто раціоналистическою дедукціею, покоится на предположеніи обязательности положительнаго закона. Въ исторіи можно встрѣтить законы безнравственные, коими предписывались дѣйствія, не только достойныя осужденія, но и прямо преступныя съ точки зрѣнія безусловной справедливости. Чистый разумъ, отрицая эти законы, отрицаетъ и ихъ санкцію; въ извѣстныхъ случаяхъ онъ даже возводитъ неповиновеніе этимъ законамъ на степень нравственной заслуги, испол-

ненной мужества и самоотверженія, а если такое неповиновеніе повлекло за собою уголовную кару, то послѣдняя, въ его глазахъ, представляется столь не справедливою, какъ и самъ законъ, во имя котораго она налагается. И обратно, исполненіе такого закона лицомъ, сознающимъ его преступность или безнравственность, будетъ достойно наказанія, съ точки зрѣнія безусловной справедливости. Но и съ точки зрѣнія сей послѣдней, то положеніе, что общественный законъ не можетъ самъ поражать дѣйствіе, имъ же предписанное, является безспорнымъ; изъ двухъ необходимыхъ элементовъ права наказанія—его справедливости и полезности—второй, именно соціальный интересъ наказанія, здѣсь отсутствуетъ. „Or, ici, l'intérêt social, loin de demander un châtiment public, exige qu'il n'y en ait pas, sous peine de détruire dans le gouvernement des hommes toute sécurité en la loi. Ainsi un des éléments nécessaires pour fonder la pénalité sociale manque, ou, pour mieux dire, agit en sens contraire". Для того однако, чтобы дѣйствіе было законосообразно, необходимо, чтобы, при выполненіи его, дѣятелемъ были соблюдены всѣ предписанныя закономъ условія, какъ матеріальныя, такъ и формальныя. Такъ, если извѣстное дѣйствіе по закону можетъ быть предпринято лицомъ не иначе, какъ по приказанію высшаго начальства, то условіемъ законосообразности такого дѣйствія является ненарушеніе порядка подчиненности. Съ другой стороны приказаніе непосредственнаго начальства, само по себѣ, недостаточно для избавленія подчиненнаго, исполнившаго таковое, отъ отвѣтственности. Прежде всего несомнѣнно, что должное лицу начальствующему подчиненіе ограничивается предѣлами предоставленной ему закономъ власти, такъ какъ внѣ этихъ предѣловъ должностное лицо остается лицомъ частнымъ. На этомъ основаніи подчиненный не только вправѣ, но и обязанъ обсудить, не выходитъ ли данное ему приказаніе за предѣлы полномочій начальствующаго, а такимъ образомъ теорія пассивнаго повиновенія сама собою рушится. Но даже если приказаніе не превышаетъ предѣлы власти начальника, но относится къ явно преступному дѣйствію, напр. если офицеръ приказываетъ солдатамъ дать залпъ въ спокойно прогуливающуюся по случаю праздника толпу, нѣтъ никакого сомнѣнія, что солдаты, исполнившіе такое преступное приказаніе, должны подлежать отвѣтственности, такъ же какъ и офицеръ, скомандовавшій стрѣлять. Въ тѣхъ однако сомнительныхъ случаяхъ, когда преступный харак-

теръ приказанія является не столь яснымъ для подчиненнаго, послѣдній освобождается отъ отвѣтственности за совершенное имъ, но не потому, что самый фактъ полученія соотвѣтствующаго приказанія гарантируетъ его отъ обвиненія въ преступленіи, а на томъ основаніи, что онъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ невѣдѣнія о преступности даннаго ему порученія. Впрочемъ, замѣчаетъ авторъ, презумпція вообще должна склоняться въ пользу невиновности подчиненнаго; послѣднему въ большинствѣ случаевъ не извѣстны обстоятельства и мотивы, вызвавшіе приказаніе начальства, которое не обязано отдавать ему въ этомъ отчетъ, и потому, чаще всего онъ остается въ убѣжденіи, что приказаніе начальства законно. Изложенное авторъ резюмируетъ въ слѣдующей формулѣ: L'ordre donné par le supérieur hiérarchique, dans un acte illicite en soi, ne suffit pas pour couvrir le subordonné qui a exécuté cet ordre; mais la présomption générale est en faveur de ce subordonné, lequel ne devrait être déclaré coupable qu'autant qu'il serait démontré qu'il a agi connaissant bien la criminalité de l'acte et s'y associant.

II.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, стр. 434 и слѣд.

Дѣяніе, являющееся вообще преступнымъ, перестаетъ быть таковымъ, если оно было предписано закономъ и подлежащею властью, какъ бы ни былъ великъ ущербъ, нанесенный имъ личности; при отсутствіи одного изъ этихъ условій дѣяніе вновь пріобрѣтаетъ преступный характеръ. Такъ дѣйствіе, учиненное при обстоятельствахъ, предусмотрѣнныхъ закономъ, но безъ предписанія подлежащей власти, неправомѣрно, ибо только послѣдней предоставляется рѣшить вопросъ о томъ, надлежитъ ли привести законъ въ исполненіе и дать на сей предметъ соотвѣтственныя приказанія въ установленной формѣ. Такъ военные начальники, предписывающіе насильственныя дѣйствія во время возстанія, безъ письменнаго о томъ требованія со стороны гражданской власти, совершаютъ преступленіе или проступокъ, хотя-бы упомянутыя дѣйствія представлялись согласными съ закономъ; развѣ бы таковыя вызывались настоятельною необходимостію защиты личности или имущества. Съ другой стороны дѣйствіе, входящее въ законное опредѣленіе преступленія или проступка,

отнюдь не терять своего преступнаго характера только потому, что оно предписано властью, ибо противозаконное приказаніе не можетъ уничтожить преступности совершаемаго, во исполненіе его, факта. Начало это допускаетъ однакоже нѣкоторыя изъятія, а именно: во 1-хъ, когда самъ законъ предписываетъ совершеніе нѣкоторыхъ дѣйствій, преступныхъ при другихъ обстоятельствахъ, безъ особаго предварительнаго распоряженія со стороны подлежащей власти; во вторыхъ, противозаконное приказаніе, не уничтожая преступности дѣйствія, можетъ тѣмъ не менѣе устранять отвѣтственность подчиненнаго, выполнившаго такое приказаніе, и служить для него оправдывающимъ обстоятельствомъ. Отвѣтственность низшихъ должностныхъ лицъ измѣняется въ зависимости отъ свойства учиненныхъ ими дѣйствій. Нѣкоторыя дѣйствія подлежатъ исполненію только въ томъ случаѣ, если они облечены въ установленную закономъ форму (таковы судебные приговоры и постановленія). Если приказаніе дано въ установленной закономъ формѣ, подчиненный, выполнившій оное, находится внѣ вмѣняемости, какъ скоро ему было дано такое порученіе. Ему не принадлежитъ право входить въ разсмотрѣніе законности такого приказанія по существу и ему остается только убѣдиться въ соблюденіи формальностей, предписанныхъ закономъ; какъ скоро всѣ формальности соблюдены, онъ обязанъ выполнить приказаніе подъ опасеніемъ отвѣтственности за непослушаніе; кромѣ того, при этихъ условіяхъ, противозаконность приказанія никогда не можетъ представляться очевидною для подчиненнаго. Но исполненіе приказа, даннаго безъ соблюденія требуемыхъ формъ, влечетъ за собою отвѣтственность дѣятеля. Что касается дѣйствій, которыя по существу и формальнымъ условіямъ выполненія предоставлены дискреціонной власти должностныхъ лицъ, каковы административныя дѣйствія, то хотя они и не представляютъ такихъ гарантій законности ихъ, какъ дѣйствія судебныя, тѣмъ не менѣе оправданіе исполнителей незаконныхъ предписаній этой категоріи зависитъ отъ многихъ условій. Для устраненія уголовной отвѣтственности въ подобныхъ случаяхъ, необходимо, чтобы приказаніе было получено лицомъ въ порядкѣ іерархической подчиненности. Поэтому, если тотъ, отъ кого исходилъ приказъ, не былъ непосредственнымъ начальникомъ дѣятеля, послѣдній виновенъ, выполнивъ такой приказъ. Необходимо затѣмъ, чтобы данное приказаніе относилось къ предметамъ, входящимъ

въ сферу полномочій начальника. Необходимо наконецъ, чтобы подчиненному вовсе не было извѣстно о преступности даннаго ему приказанія. Если преступность приказанія была очевидною, то, исполняя завѣдомо и добровольно полученное приказаніе, подчиненный является соучастникомъ въ преступленіи его начальника; онъ не можетъ ссылаться, въ свое оправданіе, на долгъ іерархическаго подчиненія. Это подчиненіе не безусловно слѣпое и пассивное; оно не освобождаетъ подчиненнаго отъ обязанности разсудительнаго повиновенія закону, предпочтительно предъ приказаніемъ своего начальника, если это приказаніе явно незаконное. Не долгъ іерархическаго повиновенія, а заблужденіе подчиненнаго относительно свойства даннаго ему приказанія, невѣдѣніе о его преступномъ характерѣ, создаетъ для дѣятеля оправдывающее его обстоятельство.

Останавливаясь на ст. 260 Бельгійскаго кодекса *), Haus замѣчаетъ, что статья эта вовсе не говоритъ о томъ, что избавленіе дѣятеля отъ уголовной отвѣтственности обусловливается незнаніемъ преступнаго характера исполненнаго имъ приказанія и повидимому признаетъ для этого вполнѣ достаточнымъ, чтобы подчиненный доказалъ, что приказаніе было получено имъ отъ непосредственнаго начальника и относилось къ предмету, заключавшемуся въ сферѣ полномочій начальника, хотя бы при этомъ преступность даннаго приказанія представлялась настолько очевидною, что самый ограниченный человѣкъ былъ бы способенъ это понять. Если бы это было такъ, то оправданіе подчиненнаго вытекало бы не изъ незнанія его о преступности приказанія, а изъ долга іерархическаго повиновенія. Но въ такомъ случаѣ это повиновеніе было бы безусловнымъ и вполнѣ пассивнымъ; исполненіе явно преступнаго приказанія не только бы вполнѣ оправдывало дѣятеля, какъ исполненіе лежавшей на немъ обязанности, но вмѣстѣ съ тѣмъ ослушаніе такому приказу было бы наказуемымъ. Нельзя однако, говоритъ авторъ, допустить, что законо-

---

*) Art. 260 C. Lorsqu'un fonctionnaire ou officier public, un dépositaire ou agent de la force publique aura ordonné ou fait quelque acte contraire à une loi ou à un arrêté royal, s'il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci et sur lesquels il leur était dû une obéissance hiérarchique; il sera exempt de la peine, qui ne sera, dans ce cas, appliquée qu'aux supérieurs qui auront donné l'ordre.

датель желалъ санкціонировать принципъ, логически приводящій къ такимъ столь же опаснымъ, какъ и безнравственнымъ послѣдствіямъ. Долгъ повиновенія начальнику существуетъ только въ томъ случаѣ, когда отдаваемое имъ приказаніе представляется согласнымъ съ закономъ, такъ какъ для общественной власти не можетъ быть желательно повиновеніе такимъ приказаніямъ ея представителей, коими предписывается явное противозаконіе.

Для подчиненнаго сохраняетъ силу презумпція закономѣрности полученнаго имъ приказанія, пока у него является только сомнѣніе относительно этого, но разъ преступность приказанія представляется ему очевидною, онъ не можетъ не знать, что повиновеніе начальнику, въ данномъ случаѣ, перестаетъ быть его долгомъ, и если тѣмъ не менѣе онъ исполняетъ приказаніе, свойство котораго ему извѣстно, онъ уже дѣйствуетъ на свой рискъ и страхъ. Въ этомъ случаѣ отвѣтственность лицъ военнаго званія совершенно такая же, какъ и должностныхъ лицъ гражданскаго вѣдомства.

О необходимой оборонѣ (Nothwehr, défense légitime).

I.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, стр. 473 и слѣд.

Помѣщая необходимую оборону подъ рубрикою „умышленныхъ повреждeній, не имѣющихъ характера наказуемаго правонарушенія,“ авторъ опредѣляетъ её какъ одинъ изъ тѣхъ видовъ самопомощи, прибѣгать къ которымъ государство, подъ извѣстными условіями, дозволяетъ частнымъ лицамъ, въ видѣ изъятія изъ общаго правила. Условія правомѣрнаго пользованія необходимою обороною, по Hälschner'у, слѣдующія: 1) совершающееся въ данный моментъ нападеніе; этимъ признакомъ понятіе необходимой обороны съ одной стороны отграничивается отъ того случая, когда лицо находится подъ угрозою нарушенія его правъ въ будущемъ, а съ другой стороны отъ того случая, когда правонарушеніе уже воспослѣдовало. Такъ какъ возникновеніе права необходимой обороны обусловливается дѣйствительнымъ, а не возможнымъ только нападеніемъ, то угроза, если она облагается по закону наказаніемъ, уполномочиваетъ лицо лишь къ донесенію о случившемся, въ видахъ наказанія виновнаго, или, смотря по

свойству правонарушенія, къ начатію гражданскаго иска, или наконецъ къ требованію о принятіи, для огражденія его права, полицейскихъ мѣръ.

Но въ виду того, что всякое нападеніе возвѣщается обыкновенно угрозою, необходимо различать: относится ли данная угроза къ будущему, или же ею непосредственно начинается самое нападеніе; въ послѣднемъ случаѣ угрожаемый несомнѣнно получаетъ право предупредить нападеніе актомъ самозащиты. О необходимой оборонѣ не можетъ быть рѣчи, если угрожаемый въ достаточной мѣрѣ защищенъ отъ причиненія ему вреда правительственною властью. Впрочемъ, одна только возможность защититься другимъ способомъ, напр. посредствомъ бѣгства, призыва оффиціальной помощи, не налагаетъ на лицо обязанности непремѣнно предпочесть эти средства защиты самооборонѣ. Такого мнѣнія держатся: Levita, Berner, Schaper, Schütze, Meyer, Wahlberg, противное мнѣніе высказываютъ: Köstlin, Geyer, Seeger, Breidenbach, Leonhardt, Geib, Oppenhoff и v. Buri.

Нападеніе, совершающееся *въ настоящемъ*, отграничивается съ другой стороны отъ оконченнаго правонарушенія (vollbrachte Rechtsverletzung), такъ какъ необходимая оборона, имѣя цѣлью отклоненіе угрожающей опасности, не можетъ болѣе имѣть мѣста, какъ скоро опасность, съ окончаніемъ правонарушенія, миновала. Впрочемъ, въ этомъ случаѣ „совершеніе преступнаго посягательства“ слѣдуетъ понимать не въ смыслѣ уголовно-юридическаго понятія оконченнаго преступленія, а потому опасность и право необходимой обороны продолжаютъ существовать для лица, подвергшагося нападенію и тогда, если учиненное нападавшимъ дѣяніе должно почитаться оконченнымъ преступленіемъ, но онъ все еще продолжаетъ свою преступную дѣятельность. Nicht das vollendete Verbrechen, sondern die vollbrachte Beschädigung bildet die Grenze für die Nothwehr, und vollbracht erscheint sie, so wie der Angreifer von seiner rechtsverletzenden Thätigkeit völlig absteht. Такъ, хотя изъятіе вещи изъ чужаго владѣнія (Besitzentziehung) юридически должно почитаться преступленіемъ оконченнымъ, какъ скоро лицо овладѣло вещью, тѣмъ не менѣе правонарушительная дѣятельность еще продолжается, если захваченный на мѣстѣ преступленія дѣятель старается упрочить за собою обладаніе вещью, отказываясь возвратить ее владѣльцу, оказывая ему сопротивленіе или пытаясь убѣжать. Вмѣстѣ съ тѣмъ и употребленіе собственникомъ вещи

насилія, въ видахъ возстановленія своего права владѣнія, теряетъ значеніе необходимой обороны лишь съ момента прекращенія противозаконной дѣятельности похитителя.

2) Вторымъ условіемъ необходимой обороны является противозаконность нападенія, ибо въ этой противозаконности заключается существенное основаніе правомѣрности и ненаказуемости вреда (Beschädigung), причиненнаго съ цѣлью отраженія нападенія; если же нападенію недостаетъ противозаконнаго характера, то причиненное для отвращенія опасности зло будетъ или подлежать наказанію, или же останется ненаказуемымъ, но потому, что дѣятель находился въ состояніи крайней необходимости или подъ вліяніемъ извинительной фактической ошибки. Противъ мнѣнія тѣхъ криминалистовъ (Levita, Köstlin, Temme, von Buri), которые допускаютъ необходимую оборону и противъ лицъ, неспособныхъ ко вмѣненію, Hälschner приводитъ то соображеніе, что хотя въ обоихъ случаяхъ положеніе обороняющагося совершенно одинаково, но въ случаѣ нападенія лица невмѣняемаго вопросъ заключается въ томъ, при какихъ условіяхъ лицо можетъ угрожающій ему случайный вредъ свалить (abwälzen) на другое лицо невиновное, тогда какъ при наличности противозаконнаго нападенія лица способнаго ко вмѣненію, ставится вопросъ, при какихъ условіяхъ такое нападеніе можетъ быть отражено причиненіемъ вреда нападающему. Какъ скоро нападеніе имѣло противозаконный характеръ,—то обстоятельство, вызвано ли было (veranlasst) это нападеніе потерпѣвшимъ или нѣтъ, было ли оно для него ожиданное или неожиданное, исходило ли оно отъ частнаго или должностнаго лица—представляется безразличнымъ; то, что нападеніе было какимъ либо образомъ вызвано потерпѣвшимъ (если только поводъ къ нападенію, самъ по себѣ, не заключался въ противозаконномъ нападеніи) ни въ какомъ случаѣ не можетъ уничтожить противозаконности нападенія и потому не исключаетъ дозволенной необходимой обороны. Сомнѣнія, возникавшія относительно необходимой обороны, примѣненной противъ должностныхъ лицъ, устраняются постановкою требованія о томъ, чтобы нападеніе было противозаконное, вмѣнимое дѣятелю въ вину.

3) Третье условіе необходимой обороны заключается въ томъ, чтобы энергія оборонительнаго насилія находилась въ соотвѣтствіи съ цѣлью, отраженіемъ опасности; насильственное дѣйствіе является правомѣрнымъ и позволительнымъ лишь настолько, на-

сколько оно въ конкретномъ случаѣ необходимо для защиты права (Zum Zwecke des Rechtsschutzes) обороняющагося; вопросъ о мѣрѣ насилія, необходимаго для самозащиты, можетъ быть разрѣшенъ лишь для каждаго даннаго случая; мѣра допустимаго насилія нисколько не зависитъ отъ цѣнности права, подвергшагося опасности.

Превышеніе предѣловъ защиты, необходимой для отраженія нападенія, имѣетъ мѣсто: 1) когда обороняющійся продолжаетъ насильственныя дѣйствія уже послѣ отклоненія нападенія, или когда, за прекращеніемъ нападающимъ своихъ дѣйствій, не было надобности отражать нападаніе, или же 2) когда во время обороны онъ превысилъ необходимую мѣру насилія. Въ обоихъ случаяхъ, дѣйствіе, причинившее нападающему вредъ, является противозаконнымъ и можетъ быть вмѣнено оборонявшемуся въ вину какъ умышленное, или какъ неосторожное. Отъ превышенія предѣловъ обороны необходимо отличать тотъ случай, когда лицо, подъ предлогомъ обороны, причиняетъ другому насиліе, при отсутствіи существеннаго для правомѣрной самозащиты условія—противозаконности нападенія; если лицо ошибочно вообразило, что находится вынужденнымъ обороняться, то этотъ случай долженъ быть обсуждаемъ по общимъ правиламъ оцѣнки вліянія фактической ошибки на вмѣненіе. Прибѣгать къ необходимой оборонѣ лицо можетъ для защиты всякаго права (Berechtigung), насколько вообще этимъ путемъ возможно отклоненіе угрожаемаго противозаконнымъ нападеніемъ вреда. Въ частности, право необходимой обороны можетъ имѣть мѣсто въ случаяхъ нанесенія словесныхъ и символическихъ обидъ, если принять въ соображеніе, что противозаконное нападеніе не можетъ считаться непремѣнно оконченнымъ вмѣстѣ съ совершеніемъ преступленія (wenn man berücksichtigt, dass der rechtswidrige Angriff mit der Vollendung des Delicts nicht nothwendig beendigt ist). Необходимая оборона не есть только самозащита, но защита права противъ неправа, и потому она можетъ имѣть примѣненіе не только для охраны собственнаго, но и чужаго права, и можетъ быть осуществляема не только лицомъ, подвергшимся нападенію, но и тѣмъ, кто, не подвергаясь самъ нападенію, оказываетъ помощь лицу, на которое нападаютъ. Но во всякомъ случаѣ, обороною можно пользоваться только противъ самого нападающаго, и вредъ, причиненный при необходимой оборонѣ постороннему третьему лицу, можетъ оставаться ненаказуемымъ лишь тогда, если онъ

можетъ быть разсматриваемъ какъ совершенный въ состояніи крайней необходимости или вслѣдствіе извинительной ошибки.

II.

Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, стр. 250 и слѣд.

Необходимая оборона может имѣть мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда нападеніе направлено на какое либо изъ тѣхъ юридическихъ отношеній (Beziehungen), ненарушенія цѣлости которыхъ лицо вообще вправѣ требовать. Сюда относятся всѣ стороны личности, имѣющія юридическое значеніе: прежде всего тѣло и жизнь, свобода, честь, семейныя права, собственность, затѣмъ права хозяина дома (Hausrecht), равно какъ политическія и вообще публично-правовыя полномочія. Обыкновенно подъ выраженіемъ „необходимая оборона" разумѣютъ борьбу между двумя лицами, но такое воззрѣніе вовсе не соотвѣтствуетъ истинному значенію понятія „право необходимости," такъ какъ охрана, напр. права на какую-либо вещь, возможна и въ томъ случаѣ, если самъ владѣлецъ вещи находится въ полной личной безопасности (напр. когда онъ видитъ изъ окна, что его вещь похищаютъ); спорнымъ можетъ здѣсь представляться лишь вопросъ о томъ, какъ далеко могутъ въ подобныхъ случаяхъ заходить оборонительныя дѣйствія. Далѣе отраженіе нападенія можетъ имѣть мѣсто не только въ видахъ собственной защиты, но и для защиты другихъ лицъ, причемъ нѣтъ надобности въ изъявленіи этими лицами желанія быть защищаемыми отъ нападенія; охрана ихъ можетъ быть предпринята даже противъ ихъ желанія; безразлично также то обстоятельство, было ли въ состояніи лицо, подвергшееся нападенію, защищаться собственными силами, или нѣтъ. Отражаемое нападеніе должно быть преступно, т. е. должно исходить отъ лица, способнаго ко вмѣненію, которое притомъ, съ своей стороны, не имѣетъ на то соотвѣтственнаго полномочія (напр. права исполненія наказанія, служебнаго порученія, или, въ свою очередь, права необходимой обороны). Только въ случаѣ превышенія такимъ управомоченнымъ лицомъ законныхъ предѣловъ власти, а слѣдовательно, при злоупотребленіи, съ его стороны, своимъ служебнымъ положеніемъ, для лица, подвергшагося нападенію, возникаетъ право обороны. Время обороны и время нападенія должны совпадать. Нѣтъ однако надобности, чтобы нападающій уже приступилъ къ дѣйствіямъ, достаточно

того, что нападеніе непосредственно угрожаетъ лицу; противъ нападенія, грозящаго въ будущемъ, лицо вправѣ принимать лишь мѣры предосторожности, не прибѣгая къ насилію. Точно также насильственное дѣйствіе, обращенное противъ преступника, уже по совершенномъ прекращеніи имъ своей преступной дѣятельности, будетъ мщеніемъ, а не обороною; право обороны существуетъ однако, если преднамѣренное преступленіе должно юридически считаться оконченнымъ, но преступная дѣятельность все еще продолжается, какъ напр. въ тотъ моментъ, когда воръ уже овладѣлъ похищенною вещью и убѣгаетъ съ нею. Равнымъ образомъ для возникновенія права обороны не требуется, чтобы нападеніе послѣдовало не по винѣ лица (unverschuldeter Angriff),—за исключеніемъ того случая, когда подвергшійся нападенію самъ поставилъ нападающаго въ состояніе необходимой обороны,—а тѣмъ менѣе, чтобы нападеніе было непредвидѣннымъ. Защита противъ нападенія должна держаться въ границахъ, требуемыхъ для его отраженія. Въ какомъ размѣрѣ и какого рода защит представляется требуемою въ данномъ случаѣ—это опредѣляется не въ зависимости отъ цѣнности и вознаградимости объекта посягательства, а единственно отъ характера и силы нападенія, а также отъ того, какія оборонительныя средства имѣются на лицо. Если подъ рукою имѣются болѣе слабыя средства обороны (geringere Mittel), то обороняющійся долженъ воспользоваться ими, пока нападающій не обратился къ болѣе сильному средству (конечно, если, по обстоятельствамъ даннаго случая, можно было вообще требовать отъ лица, подвергшагося нападенію, обдуманности въ выборѣ оборонительныхъ средствъ). Но подвергшійся нападенію ни въ какомъ случаѣ не обязанъ отступать предъ опасностью или даже обращаться къ содѣйствію правительства или постороннихъ лицъ, какъ скоро онъ самъ въ состояніи помочь себѣ. Превышеніе предѣловъ необходимой обороны наказуемо, смотря по обстоятельствамъ, какъ умышленное, или какъ неосторожное преступленіе; но если дѣятель вышелъ изъ границъ необходимой обороны подъ вліяніемъ замѣшательства (Bestürzung), страха или испуга, то онъ освобождается отъ всякой отвѣтственности.

III.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, изд. 1863 г. стр. 137 и слѣд

Условія необходимой обороны, по Бернеру, состоятъ въ слѣдующемъ: 1) Посягательство, противъ котораго направлена не-

обходимая оборона, должно быть противозаконное. Поэтому, если нападающій имѣетъ право нападать, то всякая защита будетъ несправедлива. Такъ подчиненные не могутъ имѣть права необходимой обороны противъ своего начальства, суда и чиновъ полиціи; дѣти—противъ своихъ родителей, воспитанники — противъ своихъ учителей и воспитателей, учащіеся мастерствамъ - противъ своихъ мастеровъ, если только всѣ эти лица, пользуясь своими дисциплинарными правами, не выходятъ за предѣлы этихъ правъ: противъ этого превышенія возможна оборона. Противъ необходимой обороны лица, подвергшагося несправедливому посягательству, нападающій не имѣетъ права противу-обороны. Но если только лицо, вынужденное обороняться, превзошло мѣру необходимой обороны и, преодолѣвъ нападающаго, переходитъ къ мести, то противъ этого превышенія также можетъ существовать право защиты. 2) Нападеніе должно представлять наличную опасность; таковымъ является нападеніе предстоящее и угрожающее. Защищаемое право можетъ и не принадлежать обороняющемуся, ибо необходимая оборона есть не самозащита, а защита права. Нѣкоторые криминалисты требуютъ, для наличности необходимой обороны, чтобы угрожающая опасность не могла быть отвращена при помощи оффиціальной власти. Требованіе это справедливо лишь настолько, насколько оно заключается въ условіи наличной опасности. Внесеніе его, какъ самостоятельнаго третьяго условія, въ опредѣленіе о необходимой оборонѣ опасно въ томъ отношеніи, что особое указаніе закона на обращеніе за помощью къ подлежащей власти, какъ на средство къ отвращенію нападенія, заставляетъ судью чрезмѣрно стѣснять право необходимой обороны. Опытъ показалъ, что судьи только потому и отвергали наличность условій необходимой обороны, что субъектъ не прибѣгалъ къ помощи власти. Обращеніе къ власти слѣдуетъ разсматривать только какъ одно изъ средствъ, *умѣстныхъ* при оборонѣ. Нѣтъ надобности, чтобы нападеніе было непредвидѣнное и чтобы право было невознаградимое. Если въ основѣ понятія необходимой обороны лежитъ та мысль, что право не обязано уступать неправдѣ, то, очевидно, оборона можетъ имѣть мѣсто и по отношенію къ вознаградимымъ благамъ. Точно также не имѣетъ никакого значенія и то обстоятельство, была ли возможность избавиться отъ опасности посредствомъ бѣгства, или нѣтъ. Къ преступленіямъ противъ личности, дающимъ право на необходимую оборону, отно-

сятся не только нападенія на жизнь и тѣло, но и нападенія на личную свободу. Защита всѣхъ этихъ правъ можетъ простираться до уничтоженія противника. Равнымъ образомъ степень дозволеннаго насилія въ защиту собственности соразмѣряется не съ цѣнностью защищаемаго права, а съ требованіями защиты. Самая малоцѣнная собственность, служащая объектомъ нападенія, можетъ быть защищаема съ величайшею силою и даже съ причиненіемъ смерти нападающему. Тоже самое слѣдуетъ сказать и о защитѣ владѣнія. Такъ, можно съ полнымъ правомъ необходимой защиты отнять у бѣгущаго вора или грабителя (dem gewaltsamen Besitzentsetzer) похищенную вещь, ибо уголовное право подразумѣваетъ подъ владѣніемъ только фактическую силу полномочія (Verfügungs gewalt) надъ вещью. Если лицо, обладающееe правомъ, еще могло отнять у похитителя вещь, то оно тѣмъ самымъ доказываетъ, что въ дѣйствительности оно еще не лишалось владѣнія, а слѣдовательно могло защищать его. Что касается защиты чести, то большая часть кодексовъ допускаетъ необходимую оборону только противъ насильственныхъ посягательствъ на честь лица. По мнѣнію автора, слѣдуетъ допустить необходимую оборону противъ всякаго нападенія на честь, насколько защита чести представляется фактически возможною. Возможность ея никакъ нельзя отрицать относительно словесныхъ и символическихъ оскорбленій. Если противозаконное нападеніе еще отсутствуетъ (noch nicht ein gegenwärtiger ist), то насиліе противъ нападающаго преждевременно. Напр. вора убиваютъ ранѣе, чѣмъ онъ достигъ до мѣста задуманнаго преступленія—въ тотъ моментъ, когда онъ просовываетъ голову въ окно. Дѣяніе наказуемо, такъ какъ еще не всѣ условія необходимой обороны были на лицо. Хотя при наличности противозаконнаго нападенія, лицо, на которое это нападеніе направлено, и находится въ состояніи необходимой обороны, тѣмъ не менѣе если имъ употребляются средства болѣе сильныя, чѣмъ того требуетъ защита, оно выходитъ изъ предѣловъ такой обороны и дѣйствуетъ преступно. Лишеніе нападающаго жизни допускается только тогда, когда болѣе слабыя мѣры оказываются недостаточными для защиты. Когда мѣра необходимой защиты превзойдена, то это будетъ превышеніе необходимой обороны. Съ побѣдою (Besiegung) нападающаго, или съ совершенною утратою юридическаго объекта нападенія (mit dem vollständigen Verluste des angegriffenen Rechtsobjektes) прекращается и состояніе необходимой обороны. Всякое насиліе,

причиненное нападавшему уже послѣ одержанной надъ нимъ побѣды или по окончательной утратѣ юридическаго объекта нападенія, есть несвоевременное (nachzeitige) насиліе и, какъ таковое, наказуемо: насиліе со стороны лица *вынужденнаго* къ оборонѣ (des Benöthigten), уже по одержаніи имъ побѣды, не составляетъ защиты; равнымъ образомъ послѣ побѣды *вынуждающаго* къ оборонѣ (des Nöthigers), т. е. послѣ невозвратной потери того юридическаго объекта, на который было направлено посягательство, всякая защита его становится уже невозможною. Вопросъ о томъ, было ли въ данномъ случаѣ дѣйствительно преступное превышеніе предѣловъ необходимой обороны, для своего разрѣшенія всегда требуетъ оцѣнки индивидуальныхъ качествъ вынужденнаго къ оборонѣ лица, во всей ихъ совокупности (Berücksichtigung der ganzen Individualität des Benöthigten). Абстрактное общее мѣрило было бы здѣсь неумѣстно. Вынужденный къ оборонѣ не подвергается наказанію, если при своей защитѣ онъ поступалъ такъ, какъ онъ, по своей индивидуальности, крайнему разумѣнію и при особенныхъ обстоятельствахъ даннаго случая, долженъ былъ поступить въ видахъ защиты. Преждевременное и позднее насиліе должно вообще подвергать большей отвѣтственности, чѣмъ увлеченіе во время самой оборонительной борьбы; вообще же судебной оцѣнкѣ здѣсь нельзя полагать слишкомъ тѣсныхъ границъ. Главнымъ образомъ здѣсь слѣдуетъ имѣть въ виду, что состоянія крайней необходимости и необходимой обороны возбуждаютъ аффекты, въ которыхъ вынужденный къ защитѣ неповиненъ и которые онъ весьма часто не въ силахъ подавить. Если противозаконно напавшій будетъ раненъ или убитъ оборонявшимся, то желательно и даже требуется нѣкоторыми законодательствами подъ страхомъ наказанія, чтобы оборонявшійся заявилъ о томъ полиціи, потому что безъ этого могло бы пасть подозрѣніе въ преступленіи на лицъ, совершенно невинныхъ; кромѣ того, незаявленіемъ о случившемся оборонявшійся можетъ навлечь тѣмъ самымъ на себя подозрѣніе. Необходимость заявленія о причиненіи убійства или о нанесеніи раны во время обороны требуется еще и въ видахъ полицейскаго порядка.

IV.

Ortolan, Eléments de droit pénal, стр. 172 и слѣд.

Для возникновенія права необходимой обороны необходимо: 1) чтобы нападеніе было несправедливое, иначе не существуетъ

и права отражать его; 2) нападеніе должно быть энергичное (violente), способное произвести правонарушеніе, къ которому оно стремится, ибо если оно лишено этого характера, то нѣтъ необходимости прибѣгать къ силѣ для отраженія нападенія; 3) оно должно относиться къ настоящему, а не къ прошедшему, и не къ будущему времени; если нападеніе было раньше сдѣлано и вредъ уже причиненъ, то можно говорить о наказаніи, о мщеніи, но не о самооборонѣ; если же нападеніе угрожаетъ только въ будущемъ, то нѣтъ достаточныхъ основаній прибѣгать къ немедленному употребленію силы; 4) необходимо, чтобы обстоятельства вынуждали лицо прибѣгнуть къ самозащитѣ, ибо если оно можетъ обратиться за помощью къ содѣйствію власти, то самооборона не должна имѣть мѣста. Признавая, что право необходимой обороны возникаетъ какъ при нападеніи на личность, такъ и при нападеніи на имущественныя блага, Ortolan ставитъ право отражать нападеніе въ зависимость отъ слѣдующихъ условій: 1) вредъ, угрожающій имущественному благу, долженъ быть невознаградимъ, или, по крайней мѣрѣ, возможность возмѣщенія ущерба, чрезъ содѣйствіе правосудія, сомнительна (какъ напр. въ томъ случаѣ, когда должникъ хочетъ уничтожить долговой документъ, воръ хочетъ унести украденное, или лицо хочетъ бросить въ огонь принадлежащіе другому банковые билеты); если же ущербъ легко возмѣстить и послѣ нападенія, чрезъ вмѣшательство судебной власти, напр. если рѣчь идетъ о завладѣніи землею, о перестановкѣ пограничныхъ межъ и т. п., право самообороны не возникаетъ, хотя бы право, сдѣлавшееся объектомъ посягательства, было безспорнымъ, а тѣмъ болѣе если оно составляетъ предметъ тяжбы: здѣсь нѣтъ достаточныхъ для самообороны условій, но не потому, что рѣчь идетъ объ имущественныхъ благахъ, а потому, что потерпѣвшему представляется другой выходъ изъ его положенія; 2) если угрожаемый вредъ, въ сравненіи съ величиною того зла, который пришлось бы причинить нападающему, для его устраненія, представляется слишкомъ маловажнымъ, то право самообороны одинаково не возникаетъ, будетъ ли нападеніе направлено противъ имущества или противъ личности. Старые криминалисты требовали, чтобы оружіе, употребляемое обоими противниками, было одинаково; такая постановка вопроса, по мнѣнію автора, неправильна, такъ какъ вопросъ можетъ идти только о размѣрахъ вреда, который можетъ быть наносимъ нападающему

во время самозащиты. По мнѣнію Ортолана, требовать отъ лица, прибѣгающаго къ самооборонѣ, чтобы причиняемое имъ противнику зло было непремѣнно одинаково съ тѣмъ, которымъ ему самому угрожаютъ, и ни въ какомъ случаѣ не превышало послѣднее, совершенно несправедливо. Къ тому же, практически, такое измѣреніе вреда наносимаго и вреда отражаемаго было бы часто невозможнымъ: при посягательствахъ на честь женщины, на свободу личности, при поджогахъ—какъ привести въ соотвѣтствіе ущербъ и средства для его отклоненія?

Все, что можно требовать отъ лица, подвергшагося нападенію, это—чтобы оно произвело сравненіе между угрожающимъ зломъ и тѣмъ, которое потребовалось бы причинить для его отраженія. Если первое благо слишкомъ ничтожно въ сравненіи со вторымъ, напр. если, для воспрепятствованія похищенію фруктовъ или незначительной денежной суммы, нѣтъ другаго средства остановить убѣгающаго съ похищеннымъ вора, кромѣ того, чтобы выстрѣлить по бѣглецу изъ ружья, рискуя убить его,—по мнѣнію автора, въ этихъ случаяхъ лицо потерпѣвшее обязано пожертвовать своимъ правомъ, а если не сдѣлало этого, можетъ подлежать уголовной отвѣтственности. Но въ тоже время, хотя всякій юристъ не затруднится признать, что лицо, нанесшее преступнику, во время самообороны, такой вредъ, который выходитъ за предѣлы необходимости, совершило правонарушеніе, тѣмъ не менѣе нельзя считать это лицо безусловно отвѣтственнымъ за свои дѣйствія; трудно въ самомъ дѣлѣ требовать отъ человѣка такого хладнокровія, чтобы въ пылу самообороны, находясь подъ вліяніемъ сильнаго душевнаго волненія, онъ сохранялъ настолько самообладанія, чтобы съ математическою точностью взвѣсить необходимыя для отраженія нападенія средства и подумать о томъ, нѣтъ ли другихъ какихъ либо средствъ для избѣжанія опасности. Вотъ почему,—даже въ тѣхъ случаяхъ, когда установлено, что подвергшійся нападенію превысилъ предѣлы необходимой обороны,—часто придется, во вниманіе къ обстоятельствамъ даннаго случая, освободить его отъ уголовной отвѣтственности. Имѣлъ ли обороняющійся право на извѣстное дѣйствіе и можетъ ли быть онъ за таковое отвѣтственнымъ—два существенно разные вопроса. Если же превышеніе предѣловъ самообороны зашло слишкомъ далеко, то и въ такомъ случаѣ обстоятельство, что лицо защищало при этомъ свои права, должно служить къ уменьшенію его вины,

развѣ бы незаконная самооборона сама, по себѣ, увеличивала тяжесть преступленія, какъ напр. защита противъ должностныхъ лицъ. Необходимая оборона можетъ быть примѣняема и для защиты другаго лица, подвергшагося нападенію, какъ скоро оффиціальная помощь отсутствуетъ, или оказывается недостаточною. Необходимая оборона, наравнѣ съ принужденіемъ и помѣшательствомъ, имѣетъ значеніе оправдывающаго обстоятельства и хотя бы въ законѣ по этому поводу не содержалось никакого постановленія, судья *обязанъ* объявить лицо, находящееся въ состояніи необходимой обороны, невиновнымъ.

V.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, стр. 444 и слѣд.

Условія необходимой обороны слѣдующія: 1) нападеніе должно быть направлено противъ личности. Право отражать силою нападеніе на имущество возникаетъ въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда такое нападеніе подвергаетъ въ тоже время опасности и лицо. Во всѣхъ другихъ случаяхъ насильственная защита собственности неправомѣрна, такъ какъ потеря имущества не можетъ считаться безусловно невознаградимою, подобно лишенію жизни, здоровья, свободы, цѣломудрія. Il suffit que cette perte soit réparable en elle même, pour que les violences exercées par les particuliers, dans le but de la prévenir, soient illégitimes. Этому началу слѣдуетъ бельгійскій кодексъ, который оправдываетъ лишеніе жизни, нанесеніе ранъ и ударовъ только въ томъ случаѣ, если лицо было къ тому вызвано дѣйствительною необходимостью прибѣгнуть къ самооборонѣ или защитѣ другаго лица. Затѣмъ, насильственныя дѣйствія, учиненныя исключительно въ защиту собственности, не могутъ служить не только оправданіемъ, но и извиненіемъ (ne sont ni justifiées, ni même excusables), какъ бы ни была велика имущественная потеря. Собственникъ однако вправѣ, застигнувъ преступника en flagrant délit, задержать его силою, съ цѣлью преданія его въ руки правосудія; но онъ не вправѣ нанести преступнику ударъ или рану не въ видахъ его задержанія, а съ цѣлью возвращенія похищеннаго. Faire feu sur lui, lorsqu'il se met à fuir en emportant l'objet volé c'est commettre un crime ou un délit. 2) Право обороны предполагаетъ, что нападеніе выразилось въ насильственныхъ дѣйствіяхъ. Угрозы нанести словесную обиду не уполномочиваютъ

частное лицо прибѣгнуть, для отвращенія оскорбленія, къ силѣ, такъ какъ оно имѣетъ возможность обратиться по этому поводу съ жалобой въ судъ; если же оскорбленіе уже нанесено, то, очевидно, нельзя болѣе говорить о самообоеонѣ. Не всякое однако насильственное нападеніе обусловливаетъ право необходимой обороны; необходимо, чтобы оно угрожало причиненіемъ лицу такого зла, которое должно считаться невознаградимымъ. Таковы посягательства, имѣющія цѣлью лишеніе жизни, свободы, нанесеніе тяжелыхъ ранъ, насильственныя посягательства на цѣломудріе. 3) Нападеніе должно относиться къ настоящему времени; какъ таковое, должно быть рязсматриваемо: нападеніе начатое и угрожающее немедленнымъ наступленіемъ. Лицо вправѣ прибѣгать къ насилію не только для отраженія, но и въ видахъ предупрежденія нападенія. Но страхъ передъ опасностью, болѣе или менѣе отдаленною, хотя и неминуемою, не даетъ право прибѣгать къ силѣ для ея устраненія. Нѣтъ надобности, чтобы неизбѣжность опасности представлялась несомнѣнною, ибо для того, чтобы получить въ этомъ увѣренность, было бы необходимо дожидаться перваго удара со стороны нападающаго. Съ другой стороны, недостаточно того, чтобы лицу *только казалось*, что ему угрожаетъ нападеніе; опасеніе, неоправдываемое обстоятельствами, не можетъ сдѣлать законнымъ вредъ, наносимый лицу, которое ошибочно было принято за нападающаго. La nécessité de la défense ne peut, il est vrai, s'apprécier d'une manière générale et abstraite; l'appréciation appartient à celui qui se croit en danger; mais il est juge de cette nécessité à ses risques et périls; il est coupable si, dans la position où il se trouve, il ne fait pas de ses facultés intellectuelles l'usage qu'il doit en faire. Ainsi, toutes les fois que l'attaque n'est pas commencée, le droit de défense n'existe que lorsque celui qui la croit imminente, a des motifs fondés pour le croire. Оцѣнка значенія мотивовъ, коими руководился при этомъ оборонявшійся, принадлежитъ судьѣ факта, который долженъ принять во вниманіе индивидуальную обстановку дѣянія, полъ, возрастъ и личныя качества обвиняемаго. 4) Право обороны предполагаетъ неправомѣрность нападенія. 5) Для возникновенія права обороны противъ нападающаго, необходимо, чтобы обстоятельства при которыхъ было совершено нападеніе, *вынуждали* лицо, подвергшееся нападенію, *прибѣгнуть къ силѣ* для его отраженія. Если лицу, подвергшемуся нападенію, представляется очевидно вѣрное средство избѣжать опасности, не

прибѣгая къ насилію (бѣгство, призывъ на помощь, задержаніе злоумышленника), и оно все таки прибѣгаетъ къ насильственнымъ дѣйствіямъ противъ нападающаго, то таковыя могутъ быть признаны извинительными, но не правомѣрными. Необходимо впрочемъ, чтобы бѣгство не было постыднымъ (déshonorante) какъ въ томъ случаѣ, когда военный, облеченный въ свой мундиръ, подвергается нападенію, хотя бы онъ въ это время не былъ дежурнымъ или на караулѣ (quand même il ne serait pas de service ou de garde). Если однако нападеніе при этихъ условіяхъ было совершено лицомъ невмѣняемымъ (помѣшаннымъ, пьянымъ, ребенкомъ), то требованія гуманности обязываютъ каждаго воздержаться отъ насилія, и бѣгство въ этомъ случаѣ не можетъ почитаться позорнымъ. Для того, чтобы оборона была законною, недостаточно однако, чтобы право защиты возникло; необходимо сверхъ того, чтобы пользованіе этимъ правомъ не выходило изъ границъ строгой необходимости. Необходимо, во первыхъ, чтобы оборонительныя дѣйствія были пропорціональны важности угрожающей опасности: нападающему должно быть причинено не болѣе того зла, которое вызывается требованіями самосохраненія; во всякомъ случаѣ это есть вопросъ факта, Далѣе, оборонительныя дѣйствія должны совпадать по времени съ наступательными и прекратиться вмѣстѣ съ ними; послѣдующія насильственныя дѣйствія будутъ уже местью. Внѣ этихъ условій, обороняющійся становится отвѣтственнымъ за превышеніе власти, но онъ можетъ ссылаться, какъ на извиняющее его по закону обстоятельство, на то, что дѣйствія его были вызваны насиліемъ (excuse légale de la provocation violente) и совершены въ состояніи запальчивости; если же страхъ, внушенный оборонявшемуся угрожавшею опасностью, былъ такъ великъ, что съ непреодолимою силою увлекъ его къ совершенію насильственныхъ дѣйствій, въ которыхъ выразилось превышеніе предѣловъ обороны, то эти дѣйствія утрачиваютъ преступный характеръ и не могутъ быть вмѣнены ему въ вину, какъ совершенныя въ состояніи моральнаго принужденія. Оборона является законною, безотносительно къ тому, обладалъ-ли нападающій качествами субъекта преступленія, или нѣтъ; на этомъ основаніи право обороны существуетъ, хотя бы нападающимъ былъ сумасшедшій, или человѣкъ, утратившій сознаніе имъ совершаемаго вслѣдствіе полнаго опьянѣнія; далѣе, возможна оборона противъ такого дѣйствія должностнаго лица, которое представляетъ явное злоупотребленіе

властью. Оборона не теряетъ своего законнаго характера, хотя бы нападеніе было вызвано самимъ обороняющимся, если при этомъ вызовъ съ его стороны не имѣлъ въ свою очередь характера нападенія, которое бы ставило другое лицо въ положеніе необходимой обороны, напр. если поводомъ къ нападенію послужило оскорбленіе или даже насильственное дѣйствіе, но такое, которое по свойству своему не давало потерпѣвшему права насильственнаго противодѣйствія.

Понятно само собою, что сюда не подойдетъ тотъ случай, когда оскорбленіе, послужившее вызовомъ къ нападенію, было сдѣлано съ цѣлью замаскировать предумышленное убійство. Далѣе, право обороны имѣетъ воръ, пытающійся днемъ пробраться, посредствомъ взлома или взлѣзанія, въ обитаемое помѣщеніе, какъ скоро онъ подвергается при этомъ нападенію; вообще характеръ законной обороны сохраняютъ всѣ тѣ насильственныя дѣйствія преступника, которыя клонятся къ отраженію нападенія, вызваннаго какимъ бы то ни было посягательствомъ его противъ имущества, если только это посягательство не угрожаетъ въ то же время опасностью и личности собственника. Но какъ скоро посягательство противъ собственности подвергаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ опасности и лицо, законъ уполномочиваетъ послѣднее прибѣгнуть къ помощи силы, но не для охраны имущества, а исключительно въ видахъ собственной защиты. Бельгійскій кодексъ (*) содержитъ спеціальныя указанія относительно двухъ только случаевъ посягательствъ противъ имущества, гдѣ нанесеніе похитителю ранъ и даже причиненіе ему смерти законъ прямо подводитъ подъ понятіе необходимой обороны, но, по мнѣнію Haus'а, начало, выраженное въ мотивахъ къ art. 417 C. p., примѣнимо и ко всѣмъ другимъ аналогичнымъ случаямъ, хотя таковые и пройдены въ законѣ молчаніемъ. Въ обоихъ этихъ случаяхъ необходимость обороны составляетъ за-

---

(*) Art. 417. Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de la defense, les deux cas suivants.—Si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites, si les coups ont été portés, en repoussant, pendant la nuit, l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrées d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances, à moins qu'il ne soit établi que l'agent n'a pas pu croire à un attentat contre les personnes, soit comme but direct de celui qui tente l'escalade ou l'effraction, soit comme conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de celui-ci;—Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vol ou de pillage, exécutés avec violences contre les personnes.

конную презумпцію; законъ предполагаетъ, что посягательство, при указанныхъ въ ст. 417 условіяхъ, угрожаетъ лицу непосредственною опасностію и что послѣднему не остается другаго средства къ спасенію кромѣ насилія. Лицо, совершившее убійство, не обязано въ этихъ случаяхъ доказывать, въ свое оправданіе, наличность условій необходимой обороны; достаточно, чтобы были констатированы факты, предусмотрѣнные закономъ, и оборона презумируется законною. Впрочемъ въ первомъ изъ этихъ двухъ случаевъ презумпція закона не есть непоколебимая (irréfragable).

Обвиненіе вправѣ доказывать, что дѣятель не имѣлъ никакого основанія полагать, что лицо, совершившее взломъ или взлѣзаніе, было прямо намѣрено совершить посягательство противъ личности или рѣшило не останавливаться передъ такимъ посягательствомъ въ случаѣ встрѣченнаго имъ, при выполненіи преступнаго умысла, сопротивленія (напр. если ему было извѣстно, что единственною цѣлью взлома или взлѣзанія было похищеніе фруктовъ изъ сада, или любовное приключеніе). Если обвиненію удается представить такое доказательство, то законная презумпція, защищавшая обвиняемаго, рушится. Напротивъ того во второмъ изъ указанныхъ въ art. 417 случаевъ законъ устанавливаетъ презумпцію, устраняющую всякое разслѣдованіе: какъ скоро наличность указанныхъ въ этой статьѣ фактовъ доказана, всѣ насильственныя дѣйствія, учиненныя лицомъ, сдѣлавшимся объектомъ физическаго принужденія, являются законными, и судьѣ уже не предстоитъ изслѣдовать, существовала ли въ данномъ случаѣ необходимость прибѣгнуть къ силѣ. Законъ отстранилъ всякія въ этомъ отношеніи затрудненія и положилъ конецъ всякому изслѣдованію, поставивъ эти дѣйствія подъ защиту презумпціи, исключающей всякое доказательство противнаго.

Указанные въ ст. 417 С. р. два случая не имѣютъ исчерпывающаго значенія, а служатъ только пояснительными примѣрами законнаго лишенія жизни. Такъ въ силу общаго начала, по которому всякое посягательство противъ собственности оправдываетъ употребленіе силы для отраженія такого посягательства, коль скоро послѣднее подвергаетъ опасности личность, право законной обороны существуетъ и относительно того, кто покушается ночью поджечь обитаемое зданіе; то же слѣдуетъ сказать и о тѣхъ случаяхъ, когда взломъ или взлѣзаніе совершается днемъ, но сопровождается такими обстоятельствами, которыя ставятъ обитателей

дома въ необходимость прибѣгнуть къ силѣ; напр. если уединенное расположеніе дома вдали отъ всякаго жилья не даетъ никакой надежды на постороннюю помощь, или численность злоумышленниковъ, ихъ вооруженіе, произносимыя ими угрозы указываютъ на намѣреніе ихъ совершить убійство или грабежъ; наконецъ, позволительно употребить силу для воспрепятствованія всякому разрушенію или истребленію собственности, совершаемому съ насиліемъ противъ личности. Всѣ эти, спеціально не предусмотрѣнные въ законѣ, случаи подлежатъ однако сужденію по общимъ правиламъ. Поэтому недостаточно доказать лишь то, что посягательство на имущество сопровождалось *какими-либо* насильственными дѣйствіями противъ личности, а необходимо установить, что насильственныя дѣйствія нападающаго стремились къ причиненію невознаградимаго зла. Законная презумпція *дѣйствительной необходимости въ оборонѣ* не относится къ этимъ случаямъ, и на обвиняемомъ лежитъ обязанность доказать, что въ обстоятельствахъ дѣла заключались всѣ условія необходимой обороны.

VI.

Lainé Traité élémentaire de droit criminel, стр. 181 и слѣд.

Исходя изъ опредѣленія необходимой обороны, сдѣланнаго въ текстѣ ст. 328 с. р., Lainé резюмируетъ условія, при которыхъ оборона является по закону оправдывающимъ обстоятельствомъ (fait justificatif), въ слѣдующей формулѣ: la défense par la force est un droit, si, opposée à une agression contre les personnes, agression violente, injuste et actuelle, elle est nécessaire. Такимъ образомъ, первымъ условіемъ необходимой обороны является то, чтобы нападеніе было направлено противъ личности. Изъ текста ст. 328 *) слѣдуетъ: а) что законъ, приравнивая къ самозащитѣ защиту другаго лица, вводитъ оба случая въ понятіе самообороны, и б) что употребленіе силы для отраженія нападенія, направленнаго исключительно противъ имущественныхъ благъ, закономъ не допускается. Законъ однако дозволяетъ противодѣйствіе преступнику и даже его задержаніе, если онъ застигнутъ en flagrant délit (art. 106

*) Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.

C. Ins. crim.) Если преступникъ самъ прибѣгаетъ къ насилію, съ цѣлью докончить совершеніе начатаго преступленія или спастись бѣгствомъ, то позволительно также употребить противъ него насиліе и если онъ затѣмъ переходитъ къ открытому нападенію на то лицо, которое его удерживаетъ, то защита является законною. Убійство, удары, пораненія и т. п. запрещаются лишь въ отношеніи преступника, который не оказываетъ никакого сопротивленія. Такимъ образомъ, по мнѣнію автора, не можетъ быть подводимъ подъ понятіе законной защиты даже тотъ случай, когда воръ готовъ убѣжать неузнаннымъ, ночью, унося съ собою все состояніе лица и доводя такимъ образомъ собственника до окончательнаго раззоренія, и послѣдній, находясь въ такой крайности, стрѣляетъ въ похитителя, рискуя его убить или ранить. Судья можетъ только признать, по обстоятельствамъ даннаго случая, что лицо дѣйствовало подъ давленіемъ нравственнаго принужденія (contrainte morale)

Во вторыхъ, для законности защиты требуется, чтобы нападеніе было насильственнымъ и настолько важнымъ, чтобы оправдывать дѣйствіе, учиненное для его отраженія. При этомъ нѣтъ надобности, чтобы опасность была смертельною; лицо, которому угрожаютъ нанесеніемъ побоевъ, ранъ, причиненіемъ истязаній, похищеніемъ его, лишеніемъ свободы и т. п., точно также имѣетъ право защищаться силою. Насиліе, употребленное при оборонѣ, не должно превышать размѣровъ опасности. Такъ, если нападеніе угрожаетъ не жизни или тѣлесной неприкосновенности лица, а его чести, заключаясь напр. въ оскорбленіи словомъ, то употребленіе насилія безусловно не допустимо. Безъ сомнѣнія посягательство на цѣломудріе оправдываетъ не только насильственное сопротивленіе, но и убійство, но лишь потому, что, составляя высшую степень поруганія чести, посягательство на цѣломудріе является вмѣстѣ съ тѣмъ и физическимъ насиліемъ. Третьимъ условіемъ необходимой обороны является несправедливость нападенія. Если нападеніе было законно, то въ этомъ случаѣ насильственныя дѣйствія лица обороняющагося сохраняютъ свой преступный характеръ. Такъ, если лицо, подвергшееся нападенію, своими энергическими оборонительными дѣйствіями ставитъ въ свою очередь нападающаго въ опасное положеніе, и послѣдній прибѣгаетъ къ насильственнымъ дѣйствіямъ уже въ видахъ самозащиты, то таковая не можетъ быть разсматриваема какъ не-

обходимая самооборона. Изъ этого однако не слѣдуетъ, что всякое насиліе, будучи вызвано какимъ-либо преступленіемъ, становится законнымъ. Для того, чтобы насиліе, вызванное преступленіемъ, ставило виновнаго внѣ права необходимой обороны, необходимо, чтобы послѣдній своимъ преступленіемъ самъ первый поставилъ своего противника въ положеніе необходимой обороны. Спорнымъ представляется вопросъ о томъ, можетъ ли быть оказываемо сопротивленіе должностному лицу, исполняющему возложенныя на него по службѣ обязанности не вполнѣ согласно съ предписаніями закона. Большинство криминалистовъ признаютъ, что частныя лица не имѣютъ въ такихъ случаяхъ ни безусловнаго права сопротивляться, ни безусловной обязанности повиноваться, причемъ нѣкоторые склоняются въ пользу предложеннаго еще старымъ криминалистомъ Barbeyrac'омъ различія: on doit souffrir les injustices douteuses ou supportables: on peut s'opposer par la force à celles qui sont à la fois manifestes et insupportables. Законный характеръ необходимой обороны не зависитъ отъ личныхъ качествъ нападающаго: будетъ ли имъ ребенокъ или сумасшедшій, право обороны одинаково существуетъ, такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ не о наказаніи нападающаго, а объ огражденіи себя отъ его дѣйствій.

Въ 4-хъ, для возникновенія права обороны необходимо, чтобы нападеніе и отраженіе его совершались въ одно и то же время; отсюда впрочемъ не слѣдуетъ, что лицо обязано выжидать тотъ моментъ, когда нападеніе будетъ начато; достаточно того, что противникъ угрожаетъ немедленнымъ нападеніемъ. Mais, замѣчаетъ авторъ, d'une part, des ménaces seraient-elles graves et sérieuses, ne donnent pas le droit de frapper: et d'autre part, une fois le péril écarté, il n'y a plus lieu de se défendre: frapper serait alors se venger, ce qui est interdit, ou prétendre punir, ce qui est uniquement le rôle du pouvoir social.

Пятымъ условіемъ законности обороны является необходимость насильственныхъ оборонительныхъ дѣйствій для замозащиты.

Оборона должна быть необходимою съ двухъ точекъ зрѣнія: 1) въ томъ смыслѣ, что она служила единственнымъ выходомъ для жертвы нападенія и 2) въ томъ смыслѣ, что она не превышала размѣровъ угрожающей опасности. Рѣшеніе обоихъ этихъ вопросовъ должно быть всецѣло предоставлено судьѣ, который долженъ, при оцѣнкѣ способа дѣйствія жертвы нападенія, принять во вниманіе полъ, возрастъ и другія индивидуальныя качества обоихъ

противниковъ и обстоятельства даннаго случая, напр. не слѣдовало ли потерпѣвшему воспользоваться представлявшеюся ему возможностію спастись бѣгствомъ и т. п. Въ случаѣ превышенія предѣловъ обороны лицо можетъ однако, смотря по обстоятельствамъ, или быть совсѣмъ освобождено отъ уголовной отвѣтственности или же подлежать наказанію въ меньшемъ размѣрѣ. Ce sera, d'ailleurs, au cas d'excès dans la défense, une question pour le juge de savoir si, à défaut de justification, il n'y a pas au moins pour l'inculpé irresponsabilité pénale.... Enfin, là ou l'inculpé aura commis une faute, il méritera souvent le bénéfice d'une excuse ou des circonstances atténuantes. Законъ *) допускаетъ два изъятія изъ правила о томъ, что нападеніе, направленное противъ имущественныхъ благъ, не можетъ быть отражаемо силою. Второй изъ предусмотрѣнныхъ въ ст. 328 C. p. случаевъ, гдѣ говорится о кражахъ и грабежахъ, соединенныхъ съ насиліемъ, составляетъ скорѣе логическій выводъ изъ общаго правила, чѣмъ изъятіе изъ него. Что же касается перваго случая, то многіе криминалисты и судебная практика придерживаются того взгляда, что законъ создалъ здѣсь презумпцію законности обороны (une présomption légale de légitime défense), устраняющую всякое разслѣдованіе и даже не допускающую доказательства противнаго. Такимъ образомъ, какъ скоро констатированы факты, указанные въ ст. 329, всѣ дѣйствія обитателей дома должны быть признаваемы законными, судья не имѣетъ права входить въ обсужденіе того, насколько оборона была въ данномъ случаѣ вызвана необходимостью и не были ли превышены ея размѣры. Законодатель, говорятъ при этомъ, хотѣлъ такимъ путемъ сразу порѣшить со всѣми трудностями, которыя могли бы возникать при судебномъ разсмотрѣніи подобныхъ случаевъ, а съ другой стороны, стремясь къ возможно большему обезпеченію неприкосновенности обитаемыхъ зданій въ ночное время, имѣлъ въ виду подѣйствовать устрашающимъ образомъ на злоумышленниковъ, допуская противъ нихъ ничѣмъ не ограничиваемое насиліе. Такое толкованіе смысла закона представляется, по мнѣнію автора,

---

*) Code penal, art. 329. Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense, les deux cas suivants: 1) Si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites, ou si les coups ont ete portés en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs o uentrées d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances; 2) si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.

опаснымъ. Оно даетъ обитателямъ дома право жизни и смерти надъ ночнымъ воромъ, хотя бы было доказано, что никто изъ нихъ не подвергался при этомъ никакой личной опасности и что убійство совершено умышленно. Lainé полагаетъ, что законодатель просто желалъ устранить этимъ постановленіемъ сомнѣніе въ допустимости въ подобныхъ случаяхъ защиты силою, которое могло бы возникать вслѣдствіе того, что нападеніе направляется здѣсь не прямо противъ личности.

VII.

Garraud, Précis de droit criminel, стр. 156 и слѣд.

Условіями необходимой обороны авторъ признаетъ: 1) важность угрожающей отъ нападенія опасности (gravité de l'attaque) 2) противозаконность нападенія (injustice de l'attaque) и 3) невозможность избѣгнуть нападенія (inévitabilité de l'attaque). Степень важности опасности вытекаетъ изъ невознаградимости зла, которое нападающій намѣренъ причинить. Какъ скоро зло было поправимо иными средствами, помимо оборонительныхъ дѣйствій, послѣднія утрачиваютъ характеръ законныхъ дѣйствій, такъ какъ не были вызваны необходимостью. Вопросъ о томъ, когда можно считать зло невознаградимымъ, есть скорѣе вопросъ факта, нежели права, и теорія можетъ дать по этому поводу лишь нѣкоторыя руководящія указанія. Что касается случаевъ, гдѣ нападеніе направляется противъ личности, то здѣсь невознаградимымъ и потому важнымъ является, по мнѣнію автора, зло, угрожающее жизни, тѣлу или цѣломудрію лица, подвергшагося нападенію. Для того, чтобы защита путемъ насилія была законна, не требуется, чтобы опасность была смертельная; лицо, которому угрожаютъ нанесеніемъ ударовъ, ранъ, изувѣченіемъ, лишеніемъ свободы, имѣетъ равнымъ образомъ право защищаться силою. Затѣмъ, въ принципѣ, защита собственности при помощи силы не законна, такъ какъ потеря матеріальнаго блага не можетъ считаться столь же безусловно невознаградимою, какъ потеря жизни, здоровья, чести и свободы. Въ тѣхъ однако случаяхъ, когда потерю имущественнаго блага можно считать невознаградимою, напр. если воръ, завладѣвъ большею частію состоянія лица, убѣгаетъ, пользуясь ночною темнотою, собственникъ вправѣ упо-

требить всѣ средства, находящіяся въ его распоряженіи, для спасенія своего имущества, даже ранить или убить вора.

Вторымъ условіемъ законности защиты является несправедливость нападенія; отсюда насильственное сопротивленіе должностному лицу, дѣйствующему на законномъ основаніи, составляетъ возстаніе (délit de rébellion). Но какъ скоро нападеніе лишено юридическаго характера, насильственное отраженіе его является законнымъ, безотносительно къ качествамъ и положенію нападающаго. Такъ, сынъ не отвѣчаетъ за отцеубійство, учиненное въ состояніи необходимой обороны; право обороны существуетъ и противъ дѣйствій ребенка или сумасшедшаго. Но если таково принципіальное рѣшеніе вопроса, то практическое примѣненіе его представляется спорнымъ въ двухъ случаяхъ. Во 1-хъ, когда рѣчь идетъ о насильственномъ сопротивленіи незаконнымъ дѣйствіямъ власти. Согласно одному воззрѣнію, всякое сопротивленіе дѣйствію власти, какъ бы незаконно или неправильно ни было это дѣйствіе, будетъ противозаконно. Долгъ каждаго гражданина—подчиняться лицу, дѣйствующему во имя закона; должностное лицо отвѣтственно за злоупотребленіе ввѣренною ему властью, а гражданинъ, сдѣлавшійся жертвою такого злоупотребленія, вправѣ предъявить въ подлежащемъ судѣ искъ о вознагражденіи его за вредъ и убытки, причиненные неправильными дѣйствіями должностнаго лица. Сопротивленіе законно, говоритъ другое мнѣніе, такъ какъ нападеніе противозаконно. Статья 11-я деклараціи правъ человѣка, внесенная въ конституцію 24 іюня 1793 года, разрѣшаетъ этотъ вопросъ слѣдующимъ образомъ: Tout acte, exercé contre un homme, hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force. Принятіе такой системы, замѣчаетъ авторъ, равнялось бы отрицанію всякаго соціальнаго порядка, такъ какъ это значило бы предоставить частнымъ лицамъ право контроля, какъ относительно формы, такъ и по существу, надъ дѣйствіями власти въ тотъ моментъ, когда эти дѣйствія ею исполняются. По мнѣнію автора, частныя лица не имѣютъ ни безусловнаго права сопротивляться незаконнымъ дѣйствіямъ власти, ни безусловной обязанности подчиняться такимъ дѣйствіямъ. Изъ текста art. 209 C. p., карающей за нападеніе и насильственное сопротивленіе, оказываемое чиновникамъ и стражамъ, дѣйствующимъ во исполненіе закона и приказаній высшей

общественной власти,—авторъ дѣлаетъ слѣдующіе выводы: сопротивленіе законно: а) если оно оказывается лицу, дѣйствующему не въ качествѣ должностнаго лица, или должностному лицу, дѣйствующему не въ сферѣ его служебныхъ обязанностей; б) если оно оказывается должностному лицу, дѣйствующему безъ уполномочія или отказывающемуся предъявить таковое; в) если оно оказывается должностному лицу, намѣревающемуся совершить дѣйствіе, прямо воспрещаемое закономъ. Съ другой стороны хотя бы должностное лицо, дѣйствуя въ сферѣ своихъ служебныхъ обязанностей и допустило, при исполненіи возложеннаго на него порученія, нѣкоторое отступленіе отъ законнаго порядка, сопротивленіе его распоряженіямъ должно быть признаваемо возстаніемъ (rébellion), такъ какъ презумпція, въ силу которой представители правительственной власти предполагаются всегда дѣйствующими согласно предписаніямъ закона, является для частнаго лица достаточнымъ побужденіемъ къ подчиненію.

Другой вопросъ заключается въ томъ, можно-ли признавать находящимся въ состояніи необходимой обороны того, кто, вызвавъ своими дѣйствіями другаго на нападеніе, или напавъ на него самъ, защищается затѣмъ въ свою очередь противъ насильственныхъ дѣйствій этого лица и убиваетъ его вслѣдствіе того, что эти насильственныя дѣйствія подвергали его жизнь опасности, словомъ, будетъ-ли нападеніе противозаконнымъ, если оно было вызвано предшествующимъ нападеніемъ? Здѣсь необходимо различать два случая. Если нападеніе поставило лицо въ необходимость обороняться, нападающій уже не вправѣ предпринимать новыя насильственныя дѣйствія для своей защиты и если онъ, продолжая бороться, совершитъ убійство, ссылка его на то, что таковое имъ совершено въ видахъ самозащиты, не можетъ служить ему оправданіемъ, такъ какъ убійство было прямымъ послѣдствіемъ имъ же учиненнаго нападенія. Но если нападеніе имѣло только вызывающій характеръ и не ставило лицо въ положеніе необходимой обороны, то нападающій, какъ скоро его жизнь въ опасности отъ дѣйствій этого лица, вправѣ прибѣгнуть для самозащиты къ употребленію силы. Напр. хозяинъ дома, увидавъ что какое-то лицо перелѣзаетъ, днемъ, черезъ ограду, въ занимаемое имъ помѣщеніе, стрѣляетъ въ него, но даетъ промахъ; затѣмъ въ тотъ моментъ, когда онъ уже намѣревается сдѣлать другой выстрѣлъ, лицо это, чтобы не быть убиту, убиваетъ хозяина дома. Такое

убійство будетъ актомъ законной обороны, ибо выстрѣлъ въ человѣка, влѣзающаго, хотя и съ преступной цѣлью, въ обитаемое помѣщеніе *днемъ* составляетъ преступленіе (infraction), которое способно обусловить для нападающаго состояніе необходимой обороны (art. 322 C. p.). Въ иныхъ условіяхъ находится лицо, влѣзающее въ обитаемое помѣщеніе ночью; если такое лицо подвергается нападенію, то для него не возникаетъ право обороны, такъ какъ по закону (ст. 329 С. р.) собственникъ, отражающій силою нападеніе лица, влѣзающаго въ обитаемое помѣщеніе ночью, находится въ состояніи необходимой обороны.

Третьимъ условіемъ необходимой обороны является невозможность избѣжать нападенія. Если лицо, подвергшееся нападенію, могло избавиться отъ угрожавшаго ему зла, не прибѣгая къ насильственнымъ дѣйствіямъ, то таковыя должны быть вмѣнены ему въ вину. Поэтому защита силою допустима лишь противъ такого рода опасности, которая совмѣщаетъ въ себѣ три условія: а) опасность должна быть непредвидѣнною. Если лицо могло предвидѣть опасность, то оно не вправѣ пренебрегать ею и ставить себя въ необходимость рисковать собственною жизнью или лишеніемъ жизни другаго. Такъ дуалистъ, убивающій своего противника, не можетъ въ свое оправданіе ссылаться на то, что убійство являлось необходимымъ для самозащиты; б) опасность должна существовать въ моментъ ея отраженія; насильственныя дѣйствія, учиненныя по минованіи опасности, будутъ местью, а не обороною; в) опасность должна быть безусловною (absolue), т. е. чтобы ея нельзя было избѣгнуть инымъ образомъ, помимо лишенія нападающаго жизни, нанесенія ему ранъ и т. п.

При отсутствіи однаго изъ указанныхъ условій, оборона является незаконною, но изъ этого не слѣдуетъ, что неправомѣрное оборонительное дѣйствіе безусловно должно быть вмѣнено дѣятелю въ вину. Судья долженъ войти въ разсмотрѣніе обстоятельствъ даннаго случая и можетъ признать лицо неотвѣтственнымъ, какъ скоро послѣднее дѣйствовало подъ вліяніемъ моральнаго принужденія.

По мнѣнію Garraud, постановленіе закона, содержащееся въ ст. 329 Code pénal, имѣетъ значеніе законной презумпціи, а не является только развитіемъ и поясненіемъ общаго начала, выраженнаго въ ст. 328. Такимъ образомъ, въ двухъ, указанныхъ въ 329 ст.

случаяхъ, насильственныя дѣйствія противъ нападающаго всегда предполагаются учиненными при наличности условій необходимой обороны, и доказательства противнаго не могутъ быть допускаемы. Авторъ находитъ такую презумпцію весьма опасною, ибо въ силу ея убійство становится правомѣрнымъ, независимо отъ дѣйствительной цѣли, съ которою были совершены взломъ или взлѣзаніе въ обитаемое помѣщеніе, а слѣдовательно и въ томъ случаѣ, если обитателямъ было очень хорошо извѣстно, что никакая опасность не угрожаетъ ихъ личности. Что же касается ст. 329, то она является совершенно излишнею въ кодексѣ, такъ какъ законность насильственныхъ дѣйствій, учиненныхъ въ защиту отъ воровъ и грабителей, не можетъ сама по себѣ подлежать какому либо сомнѣнію.

О принужденіи и состояніи крайней необходимости.

I.

Ortolan, Éléments de droit penal, стр. 145 и слѣд.

Физическое принужденіе, подъ давленіемъ котораго дѣятель совершаетъ преступное дѣяніе, являясь лишь пассивнымъ орудіемъ въ рукахъ непреодолимой для него силы (будетъ ли то сила человѣка, или стихійная сила) безусловно устраняетъ вмѣненіе, такъ какъ о дѣятелѣ въ этихъ случаяхъ можно сказать: non agit sed agitur.

Моральное принужденіе, не создавая для лица, дѣйствующаго подъ психическомъ насиліемъ, право совершить преступное дѣйствіе, устраняетъ однако, при извѣстныхъ условіяхъ, его отвѣтственность. Большинство криминалистовъ согласны въ томъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣятелю угрожаетъ опасность подвергнуться смерти, истязаніямъ или мученіямъ, ему не можетъ быть вмѣнено въ виду совершенное имъ преступное дѣяніе. Мнѣнія криминалистовъ раздѣляются относительно тѣхъ только случаевъ, когда опасность угрожаетъ исключительно имуществу лица. Съ своей стороны Ortolan видитъ правильное разрѣшеніе вопроса въ сравнительной оцѣнкѣ охраняемаго и нарушеннаго благъ. Если возможная утрата представляется слишкомъ значительною сравнительно съ тѣмъ преступнымъ дѣяніемъ, которое было совершено для сохраненія имущественнаго блага, то уголовная отвѣтственность дѣятеля

исчезаетъ; если же, для избѣжанія незначительнаго физическаго страданія, дѣятель рѣшается на тяжкое преступленіе, то принужденіе можетъ имѣть значеніе только смягчающаго вину обстоятельства, не устраняя вмѣняемости и отвѣтственности. Законъ не можетъ однакоже напередъ опредѣлить правила для такой сравнительной оцѣнки; рѣшеніе вопроса о допустимости уголовной отвѣтственности лица, совершившаго преступленіе подъ вліяніемъ моральнаго принужденія, должно быть предоставлено судебной практикѣ. Тѣ же соображенія примѣнимы и къ случаямъ, когда опасность угрожаетъ не самому дѣятелю, а лицамъ, которыя ему дороги. Законъ не долженъ безъ сомнѣнія ограничивать право защиты тѣмъ только лицами, которыя находятся съ дѣятелемъ въ извѣстной степени родства. Вопросы о виновности или невиновности не могутъ быть разрѣшаемы посредствомъ общихъ презумпцій, какъ нѣкоторые вопросы въ правѣ гражданскомъ; здѣсь все зависитъ отъ того, какое вліяніе произвела угроза, сдѣланная другому лицу, на свободу дѣятеля; кромѣ сравнительной оцѣнки размѣровъ угрожавшей опасности и тяжести преступленія, совершеннаго въ видахъ отвращенія таковой, здѣсь необходимо принять въ соображеніе степень расположенія (le degré d'affection), связывавшаго дѣятеля съ лицомъ, подвергшимся опасности.

Во всѣхъ случаяхъ моральнаго принужденія, для полнаго устраненія отвѣтственности, необходимо: 1) чтобы совершеніе преступленія было единственномъ средствомъ отвращенія угрожавшей опасности, откуда далѣе слѣдуетъ, что опасность должна существовать въ данный моментъ и быть непосредственною; какъ скоро она относится къ будущему, настоятельной альтернативы болѣе не существуетъ и дѣятель можетъ прибѣгнуть къ другимъ средствамъ для отвращенія опасности. Впрочемъ всѣ эти условія могутъ имѣть для судьи только относительное значеніе, и онъ долженъ, при опредѣленіи виновности дѣятеля, сообразоваться съ условіями обстановки, степенью произведеннаго угрозою душевнаго смущенія, возрастомъ, поломъ и различіемъ физическихъ силъ и характеровъ. Во всякомъ случаѣ, если даже насиліе не можетъ служить достаточною причиною для полнаго устраненія уголовной отвѣтственности, оно является основаніемъ для смягченія наказанія. Страхъ дѣтей передъ родителями, жены передъ мужемъ (crainte révérentielle) могъ имѣть большое значеніе при отношеніяхъ, сложившихся въ древней семьѣ, но въ настоящее

время повиновеніе главѣ семейства основывается не на признаніи его власти, а на уваженіи къ нему и потому не исключаетъ отвѣтственности дѣтей или жены за совершенное, подъ вліяніемъ внушаемаго имъ страха преступное дѣяніе, обусловливая лишь въ отдѣльныхъ случаяхъ, различіе въ мѣрѣ отвѣтственности. По мнѣнію Ортолана, нѣтъ никакого основанія дѣлать различіе между принужденіемъ, исходящимъ отъ человѣка, и такъ называемымъ состояніемъ крайней необходимости, являющимся результатомъ дѣйствія силъ природы; вопросъ объ отвѣтственности дѣятеля разрѣшается и здѣсь тѣми же соображеніями.

Останавливаясь на вопросѣ о томъ, можетъ ли нищета, голодъ быть достаточной причиною для устраненія отвѣтственности лица за кражу и именно за кражу съѣстныхъ продуктовъ, Ortolan различаетъ два случая. Если лицо находилось въ уединенномъ мѣстѣ, вдали отъ всякой помощи, въ невозможности ждать и при такихъ условіяхъ рѣшилось завладѣть чужими продуктами, оно должно быть признано безотвѣтственнымъ, такъ какъ мы здѣсь имѣемъ безвыходную альтернативу, гдѣ свобода дѣятеля совершенно стѣснена. Нельзя того же сказать о томъ случаѣ, когда лицо, страдающее отъ голода, находится въ средѣ людей, напр. въ городѣ, гдѣ ему могутъ представляться другія средства для устраненія опасности голодной смерти, помимо преступленія и когда слѣдовательно свобода дѣятеля не можетъ почитаться вполнѣ подавленнаго. Еще съ большимъ основаніемъ можно примѣнить этомъ выводъ къ случаю похищенія чужихъ вещей съ тою цѣлью, чтобы на полученныя за нихъ деньги удовлетворить голодъ, такъ какъ здѣсь предполагается необходимость мѣны, т. е. сношенія съ другими людьми, и слѣдовательно идея безвыходной альтернативы тѣмъ самымъ устраняется

II.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, стр. 498 и слѣд.

Къ причинамъ, уничтожающимъ свободу дѣятеля, Haus относитъ физическое и отчасти моральное принужденіе Физическое принужденіе дѣятеля къ совершенію преступленія, проистекаетъ ли оно отъ насилія человѣка или отъ дѣйствія силъ природы, безусловно исключаетъ вмѣняемость. Что же касается принужденія моральна-

го, которое является результатомъ сильныхъ душевныхъ волненій или страстей, то авторъ признаетъ значеніе исключающаго отвѣтственность дѣятеля условія только за страхомъ (crainte), если притомъ этотъ страхъ былъ на столько силенъ, что дѣятель не могъ устоять противъ его вліянія. Такой непреодолимый страхъ можетъ быть произведенъ и воздѣйствіемъ силъ природы, какъ скоро жизни человѣка грозитъ дѣйствительная опасность, неотвратимая ни какимъ другимъ способомъ, помимо посягательства на личность или имущество другаго (casus extremae necessitatis). Такъ, крайняя нищета или настоятельная потребность устраняетъ отвѣтственность (est une cause de justification) лица, совершившаго кражу съѣстныхъ продуктовъ при такихъ исключительныхъ условіяхъ, когда ему не представлялось другаго исхода. Чаще всего причиною страха является угроза другаго лица, имѣющая цѣлью побудить угрожаемаго къ совершенію преступленія; иногда, чтобы побѣдить сопротивленіе угрожаемаго, лицо даже начинаетъ приводить угрозу въ исполненіе, напримѣръ подвергаетъ угрожаемаго истязаніямъ, истребляетъ принадлежащія ему вещи, обѣщая продлить свои насильственныя дѣйствія до тѣхъ поръ, пока не будетъ выполнено требуемое. Такое насиліе не составляетъ физическаго принужденія, коимъ уничтожается внѣшняя свобода лица, возможность осуществленія своей воли, но оно стѣсняетъ его внутреннюю свободу, способность опредѣляться къ дѣйствію самопроизвольно. Для устраненія уголовной отвѣтственности дѣятеля за преступленіе, совершенное имъ подъ давленіемъ угрозы, необходимо, чтобы внушенный угрозою страхъ былъ способенъ уничтожить въ немъ всякую силу противодѣйствія, а для этого необходимо, чтобы угрожаемое зло было очень важно. Обыкновенно сюда относятъ угрозы смертью, причиненіемъ истязаній или мученій. Haus съ своей стороны полагаетъ, что и страхъ передъ угрозою незначительнымъ тѣлеснымъ поврежденіемъ и даже передъ угрозою причинить имущественный ущербъ, если послѣдній весьма значителенъ, можетъ, смотря по обстоятельствамъ, совершенно подавить волю дѣятеля и устранить его уголовную отвѣтственность, если только причиненный преступнымъ дѣяніемъ вредъ допускаетъ возможность исправленія (susceptible de réparation). Такъ напримѣръ если лицо, изъ опасенія лишиться состоянія, совершаетъ убійство, то здѣсь угроза имѣетъ значеніе лишь обстоятельства уменьшающаго вину, развѣ бы было доказано, что дѣятель, вслѣд-

ствіе психическаго вліянія угрозы, лишился на время разсудочной способности. Не слѣдуетъ однако, замѣчаетъ авторъ, смѣшивать тотъ случай, когда лицо, которому угрожаютъ денежною потерею, соглашается служить орудіемъ мщенія или алчности лица, вызывающаго на преступленіе, и убиваетъ *невиннаго*, съ тѣмъ случаемъ, когда съ цѣлью отвратить имущественный ущербъ, лицо убиваетъ нападающаго (l'agresseur); только въ этомъ послѣднемъ случаѣ можетъ быть рѣчь о непреодолимомъ принужденіи. Оцѣнка интенсивности принужденія должна быть предоставлена судьѣ факта, который долженъ взвѣсить съ одной стороны важность угрожаемаго вреда, а съ другой—тяжесть преступленія, совершеннаго для отвращенія этого вреда, возрастъ, полъ и другія условія, въ которыхъ находился дѣятель. При этомъ безразлично то обстоятельство, была ли направлена угроза противъ самаго дѣятеля или его собственнаго имущества, или она подвергала опасности лицъ ему близкихъ. Угрожающее зло должно существовать въ дѣйствительности, а не только въ воображеніи дѣятеля; во всякомъ случаѣ послѣдній долженъ имѣть вѣскія основанія, чтобы предполагать существованіе опасности; малѣйшее сомнѣніе относительно возможности непосредственнаго выполненія угрозы дѣлаетъ лицо отвѣтственнымъ за совершаемое преступленіе. Опасность должна существовать въ данную минуту или быть неминуемою (actuel ou imminent); отвращаемое преступленіемъ зло должно быть противозаконнымъ; такъ если приговоренный къ казни убиваетъ тюремщика, то для него не можетъ очевидно служить оправданіемъ то обстоятельство, что онъ дѣйствовалъ подъ угрозою смерти. Наконецъ, необходимо, чтобы лицо не имѣло возможности избавиться отъ угрожающей ему опасности иначе, какъ путемъ совершенія преступленія; для вмѣненія въ вину дѣятелю совершеннаго имъ дѣянія здѣсь не требуется, какъ при необходимой оборонѣ, чтобы другія средства спасенія были надежными, очевидными и легко достижимыми; достаточно, чтобы дѣятелю вообще представлялась возможность воспользоваться другимъ средствомъ для отвращенія опасности.

Человѣческія страсти дѣлятся на 2 класса: однѣ изъ нихъ выражаются во внезапномъ и мимолетномъ душевномъ движеніи — другія же развиваются медленно, являясь хроническимъ нравственнымъ страданіемъ. Изъ аффектовъ первой категоріи оказываютъ вліяніе на вмѣняемость дѣятеля: 1) страхъ какъ уничто-

жающее вполнѣ или только уменьшающее вину дѣятеля обстоятельство, и 2) гнѣвъ, признаваемый по закону извиняющимъ обстоятельствомъ (excuse légale), если онъ былъ вызванъ справедливыми мотивами. Что же касается тѣхъ страстей, которыя лишь постепенно развиваются изъ желанія, зародившагося въ спокойномъ душевномъ состояніи дѣятеля, то хотя на высшей точкѣ своего развитія онѣ также дѣйствуютъ съ непреодолимою силою, тѣмъ не менѣе пылкость такой страсти не можетъ, по мнѣнію автора, не только устранять, но и смягчать виновность дѣятеля, ибо послѣдній сознавалъ къ какимъ печальнымъ послѣдствіямъ можетъ его привести развившаяся страсть, а вмѣстѣ съ тѣмъ отъ него зависѣло подавить ее въ самомъ началѣ развитія. Мономанія, резонирующее или нравственное помѣшательство (monomanie, manie raisonante, démence ou folie morale), выражающаяся въ совершенномъ подавленіи свободы воли при неповрежденномъ состояніи умственныхъ способностей дѣятеля, или устраняетъ вмѣняемость дѣятеля, какъ скоро она проистекаетъ изъ органическаго умственнаго разстройства, или же не оказываетъ никакого вліянія на вмѣненіе, если она является результатомъ развившейся преступной страсти (produit d'une passion criminelle).

III.

Lainé, Traité de droit criminel, стр. 145 и слѣд.

Принужденіе (contrainte), какъ физическое, такъ и моральное, обусловливаетъ, подобно умственному разстройству (démence), общую невмѣняемость дѣятеля, если онъ поставленъ былъ въ невозможность оказывать съ своей стороны противодѣйствіе такому принужденію. Принужденіе физическое, будетъ ли оно исходить изъ внѣшнихъ дѣйствій человѣка или отъ силъ природы, должно быть направлено непосредственно на тѣло дѣятеля; напр. лицо, совершившее подлогъ, подвергается физическому принужденію, если другое лицо, обладающее большею физическою силою, заставило его, путемъ насилія, написать требуемое. Преступленіе, совершенное при такихъ условіяхъ, не подлежитъ вмѣненію въ вину дѣятелю. Подъ именемъ моральнаго принужденія разумѣется такое, которое вытекаетъ изъ угрожающей дѣятелю опасности и достаточно сильно, чтобы лишить его свободы воли. Какъ и физическое принужденіе, оно—можетъ проистекать изъ дѣйствія

человѣка или силъ природы, но при этомъ внѣшняя сила направлена на душу того, кто ему подвергается. Par exemple, un individu commet un faux, sous l'empire de menaces de mort qui vont être exécutées s'il n'obéit pas, la défense lui étant impossible. Avec plus de vraisemblance, un individu, dans un désastre, pour sauver sa vie en danger, donne volontairement la mort à un autre homme, ou lui porte des coups, lui fait des blessures. Souvent, dans une foule qui se précipite pour éviter l'incendie ou la ruine imminente d'un édifice, il se produit des faits de cette nature: le plus fort, pour se faire un passage, blesse ou écrase le plus faible, ou le rejette au devant du péril. Jl n'est pas rare de voir des naufragés qui ont réussi à monter dans une embarcation écarter impitoyablement, de peur de la surcharger, les malheureux qui s'y cramponnent, les en détacher par la violence et les exposer à une mort certaine. Основаніе неотвѣтственности лица, дѣйствующаго подъ вліяніемъ моральнаго принужденія, заключается въ томъ, что преступленіе въ подобныхъ случаяхъ совершается въ ненормальномъ душевномъ состояніи. Наказаніе имѣетъ въ виду обезпеченіе неприкосновенности правъ другаго лица и соціальнаго порядка при нормальныхъ жизненныхъ условіяхъ, но не при такихъ обстоятельствахъ, которыя у большинства людей способны отнять не только свободу, но даже и всякое чувство справедливости; нельзя карать человѣка за то, что онъ не сталъ выше уровня общечеловѣческихъ силъ. Опредѣлить вообще, когда моральное принужденіе должно устранять уголовную отвѣтственность, представляется, по мнѣнію Lainé, невозможнымъ, такъ какъ здѣсь все зависитъ отъ условій даннаго случая, разнообразныхъ до безконечности. Доктрина вправѣ высказаться рѣшительно только относительно нѣкоторыхъ, не возбуждающихъ сомнѣнія случаевъ, каковы приведенные выше. Спорнымъ представляется вопросъ о томъ, можно ли разсматривать совершенную нищету, крайнюю степень голода какъ причину невмѣняемости лица, совершившаго кражу съѣстныхъ продуктовъ. Нѣкоторые полагаютъ, что крайняя нужда не только извиняетъ, но и вполнѣ оправдываетъ совершеніе нѣкоторыхъ преступленій; большинство же усматриваетъ въ этомъ только основаніе для смягченія наказанія (circonstance atténuante). Третьи наконецъ, не признавая за человѣкомъ, умирающимъ отъ голода, право посягательства на чужое имущество, видятъ здѣсь моральное принужденіе. Къ этому мнѣнію склоняется и Lainé. Далѣе, по мнѣнію автора, доктрина можетъ съ несомнѣнностію

утверждать, что страсти (гнѣвъ, ревность, мщеніе) никоимъ образомъ не могутъ служить причинами невмѣняемости, такъ какъ ихъ одинаково нельзя подводить ни подъ понятіе умственнаго разстройства (démence), ни подъ понятіе принужденія (contrainte). То же слѣдуетъ сказать о страхѣ (crainte révérentielle) дѣтей предъ родителями, обязанности повиновенія, лежащей на женѣ по отношенію къ мужу, на слугѣ по отношенію къ хозяину; но приказъ, данный начальникомъ подчиненному, имѣетъ характеръ моральнаго принужденія. Съ точки зрѣнія моральнаго принужденія безразличнымъ является то обстоятельство, относилась ли угроза къ личности или имуществу, а также и то, была ли она направлена противъ самого дѣятеля или же противъ кого либо изъ его семейства или изъ лицъ, ему дорогихъ (des personnes qui lui sont chères); для судьи важно лишь сравненіе того зла, которое было причинено, съ тѣмъ, которое этимъ путемъ было избѣгнуто. Если моральное принужденіе представляется недостаточно сильнымъ для совершеннаго устраненія отвѣтственности дѣятеля, то оно можетъ служить или извиняющимъ обстоятельствомъ (motiver une excuse), или же обстоятельствомъ смягчающимъ наказуемость (circonstance atténuante).

IV.

Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, стр. 65, 220 и слѣд.

Физическое принужденіе (vis absoluta) дѣятеля, будетъ ли оно произведено другимъ лицомъ, животнымъ, или неодушевленными силами природы, обращаетъ принуждаемое лицо въ непроизвольное орудіе и потому здѣсь не можетъ быть рѣчи о дѣйствіи въ юридическомъ значеніи этого слова. Вмѣненіе дѣйствія, учиненнаго подъ давленіемъ физическаго принужденія, возможно въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда лицо, съ умысломъ или по неосторожности, поставило себя въ такое положеніе. Что же касается психическаго принужденія (vis compulsiva), то авторъ относитъ его, наравнѣ съ состояніемъ крайней необходимости, къ числу причинъ, уничтожающихъ при извѣстныхъ условіяхъ преступность дѣйствія (aechte Aufhebungsgründe des Begriffs des Verbrechens), но не устраняющихъ вмѣняемость дѣятеля. Дѣйствіе, учиненное подъ вліяніемъ психическаго принужденія, утрачиваетъ свой преступный характеръ, когда, по обстоятельствамъ единичнаго случая и

по индивидуальнымъ качествамъ субъекта, совершеніе преступнаго дѣянія представляется послѣднему единственнымъ средствомъ къ отклоненію направленнаго противъ него самого или его близкихъ родственниковъ нападенія (противозаконнаго), и если притомъ причиняемый другому лицу этимъ дѣяніемъ вредъ оказывается по сравненію съ ожидаемымъ отъ нападенія зломъ, по меньшей мѣрѣ одинаковымъ. Но если нападеніе могло быть отклонено какимъ либо другимъ путемъ, помимо совершенія преступленія, или если ожидаемый отъ нападенія вредъ былъ менѣе значителенъ, нежели вредъ, причиняемый преступленіемъ, то дѣятель остается наказуемымъ и направленное противъ него принужденіе можетъ быть разсматриваемо лишь какъ уменьшающее вину обстоятельство. Состояніе крайней необходимости опредѣляется Geib'омъ какъ такое положеніе субъекта, въ которомъ сохраненіе его собственной жизни является для него возможнымъ единственно путемъ совершенія преступленія. Такое преступленіе ненаказуемо, все равно, будетъ ли оно направлено противъ имущества или противъ жизни другаго лица, такъ какъ нельзя требовать отъ человѣка необыкновенной нравственной силы, такого героическаго самоотверженія, чтобы онъ предпочиталъ лучше пожертвовать своею жизнью, чѣмъ дозволять себѣ вторженіе въ сферу правъ другаго лица. Различіе между состояніемъ крайней необходимости и тѣмъ состояніемъ, въ которое лицо ставится психическимъ принужденіемъ, заключается въ томъ, что въ послѣднемъ случаѣ не только самое положеніе лица угрожаемаго является результатомъ преднамѣренной преступной дѣятельности, но вмѣстѣ съ тѣмъ и выходъ изъ этого положенія, съ цѣлью спастись, обусловливается сказанною преступною дѣятельностію такъ, что кромѣ поставленной ею альтернативы, ничего третьяго для дѣятеля не представляется, тогда какъ напротивъ того въ состояніи крайней необходимости,—именно въ отношеніи выхода изъ даннаго положенія—остается извѣстный выборъ, и потому, если дѣятель рѣшается на совершеніе того или другаго преступленія, то онъ является отвѣтственнымъ за принятіе такой рѣшимости, т. е. за сдѣланный имъ выборъ, въ большемъ сравнительно объемѣ, чѣмъ при принужденіи. Такъ сюда относится тотъ случай, когда ребенокъ, по причинѣ значительной узкости таза матери, не можетъ родиться естественнымъ путемъ, и гдѣ, чтобы не допустить одновременной смерти обоихъ, остается выборъ между опасной акушер-

19

ской операціею надъ матерью,—кесарскимъ сѣченіемъ, или же перфораціею головки ребенка. Когда однако лицо, поставленное въ состояніе крайней необходимости, обязано встрѣчать опасность, въ силу особаго, лежащаго на немъ, служебнаго долга, какъ напр. должностное лицо, солдатъ, матросъ, то основаніе къ признанію дѣйствій такого лица непреступными отпадаетъ и дѣятель подлежитъ уголовной отвѣтственности. Точно также состояніе крайней необходимости перестаетъ быть основаніемъ ненаказуемости, если дѣятель или намѣренно поставилъ себя въ такое положеніе, съ цѣлью совершить данное преступленіе, или, хотя ненамѣренно, но вслѣдствіе совершеннаго имъ преступленія, очутился въ состояніи крайней необходимости, причемъ наступленіе такого состоянія должно было представляться ему болѣе или менѣе вѣроятнымъ. Нѣкоторые криминалисты распространяютъ состояніе крайней необходимости и на тѣ случаи, въ коихъ вопросъ идетъ не о сохраненіи жизни, а о сохраненіи какого-либо иного невознаградимаго блага (напр. тѣла); другіе идутъ еще далѣе, признавая состояніе крайней необходимости во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь идетъ о спасеніи какого-либо высшаго по своей цѣнности юридическаго блага (въ количественномъ или качественномъ отношеніи) на счетъ низшаго или, по крайней мѣрѣ равноцѣннаго. Вопросъ о томъ, позволительно ли совершеніе преступленія въ видахъ спасенія не своей собственной жизни, а жизни другихъ лицъ, находящихся въ опасности—долженъ быть разрѣшаемъ отрицательно. Гессенъ-Дармштадтскій кодексъ въ ст. 45 содержитъ касательно сего слѣдующее постановленіе: «Droht die Gefahr dem Leben einer im art. 39 (Ehegatten, Verwandte in auf-oder absteigender Linie, Geschwister u. s. w.) nicht genannten Person, so ist die mit Strafe bedrohte Handlung nur in sofern, als sie gegen fremdes Eigenthum gerichtet ist, straflos.» Кромѣ лицъ, близкихъ по родственнымъ или супружескимъ отношеніямъ, охрана жизни которыхъ путемъ преступленія, въ видѣ изъятія изъ общаго правила, признается состояніемъ крайней необходимости, существуетъ еще другое изъятіе для тѣхъ случаевъ, когда дѣятель, въ силу своего должностнаго положенія, былъ обязанъ жертвовать правами другаго лица, напр. врачъ, убѣждающійся въ ненормальной узкости таза беременной, обусловливающей невозможность родоваго акта, обязанъ пожертвовать жизнью ребенка для спасенія матери, а въ случаѣ, если-бы онъ и послѣ такого изслѣдованія родильницы бездѣйствовалъ

въ ожиданіи, что смерть ребенка послѣдуетъ вслѣдствіе родовыхъ потугъ матери, онъ подлежалъ бы уголовной отвѣтственности, такъ какъ замедленіемъ операціи подвергалъ опасности и ребенка и мать.

V.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, стр. 274, 485 и слѣд.

Несмотря на сознательное причиненіе дѣятелемъ извѣстнаго послѣдствія, вмѣнимость таковаго ему въ вину становится невозможною, какъ скоро не достаетъ связи между дѣйствіемъ и волею лица. Такъ вмѣненіе невозможно тамъ, гдѣ человѣкъ дѣйствуетъ подъ давленіемъ физической силы какъ объектъ природы (als Naturobject), причиняя помимо своей воли извѣстное послѣдствіе. Сюда же конечно относится тотъ случай, когда кто-либо вынуждается непреодолимою силою, лишеніемъ свободы, къ неисполненію дѣйствія, предписываемаго его долгомъ. Такъ какъ принужденіе является условіемъ, исключающимъ вмѣнимость (Zurechenbarkeit) причиненнаго послѣдствія, а не способность дѣятеля ко вмѣненію (Zurechnungsfähigkeit), то сюда не можетъ подойти мимо непреодолимая сила человѣческихъ страстей и аффектовъ, потому что эти послѣдніе или не устраняютъ вмѣнимости содѣяннаго, какъ скоро дѣятель могъ и долженъ былъ оказывать противодѣйствіе ихъ вліянію, или, въ иныхъ случаяхъ, уничтожаютъ способность ко вмѣненію. Принужденіе, произведенное непреодолимою силою, не позволяетъ болѣе видѣть въ причиненномъ послѣдствіи результатъ дѣйствія принуждаемаго, и въ этомъ отношеніи выраженіе закона, говорящаго о *дѣйствіи*, къ которому лицо вынуждается непреодолимою силою, совершенно неправильно. Какъ скоро въ конкретномъ случаѣ сила не устраняетъ возможности дѣйствовать, то она не можетъ считаться непреодолимою и является уже съ значеніемъ не физической, а психической силы. Принужденіе посредствомъ угрозы отличается отъ принужденія, производимаго физическою силою, именно тѣмъ, что оно не исключаетъ вмѣнимости дѣйствія въ вину. Если же при извѣстныхъ условіяхъ противозаконное дѣйствіе, вызванное угрозою, остается ненаказуемымъ, то въ томъ лишь предположеніи, что лицо было поставлено угрозою въ состояніе крайней необходимости.

Состоянiе крайней необходимости *) образуетъ такую коллизiю различныхъ юридическихъ благъ, при которой, вслѣдствiе исключительно сложившихся обстоятельствъ, совмѣстное существованiе этихъ благъ оказывается невозможнымъ, а потому одно изъ нихъ должно быть принесено въ жертву для сохраненiя другаго. Такъ какъ нѣтъ никакого юридическаго основанiя обращать одно юридическое благо въ средство спасенiя другаго, совершенно независимаго отъ перваго, то такое поврежденiе (Beschädigung) представляется во всякомъ случаѣ неправомѣрнымъ, хотя и не во всѣхъ случаяхъ наказуемымъ.

Ненаказуемость правонарушенiя, учиненнаго въ состоянiи крайней необходимости, обусловливается: 1) дѣйствительнымъ существованiемъ крайней необходимости, т. е. нахожденiемъ юридическаго блага въ такой опасности, которая неотвратима никакимъ другимъ способомъ, помимо уничтоженiя или поврежденiя другаго юридическаго блага; 2) тѣмъ, что дѣятель умышленнымъ причиненiемъ вреда отклонилъ бòльшiй вредъ, причемъ имъ была взвѣшена относительная цѣнность обоихъ благъ. Только при томъ условiи, что дѣятель пожертвовалъ благомъ менѣе цѣннаго качества для сохраненiя качественно болѣе цѣннаго блага, а при качественномъ равенствѣ ихъ отдалъ преимущество количественно большему благу,—ненаказуемость его дѣйствiя получаетъ юридическое основанiе; такое дѣйствiе является, внѣ сомнѣнiя, противнымъ формальному праву, какъ нарушенiе уголовно-юридической нормы, но въ то же время оно отвѣчаетъ существенной цѣли и задачѣ права охранять волю въ наибольшемъ, возможномъ при данныхъ обстоятельствахъ объемѣ; здѣсь такимъ образомъ отсутствуетъ то противорѣчiе существа воли юридической нормѣ, которое одно требуетъ и оправдываетъ примѣненiе наказанiя. Это основанiе ненаказуемости дѣятеля остается въ силѣ, хотя бы мотивомъ правонарушенiя было эгоистическое охраненiе собственныхъ интересовъ, пока дѣятелемъ, спасающимъ собственное благо на счетъ чужаго, соблюдаются указанныя выше условiя. Воззрѣнiе, согласно которому дѣйствiе, учиненное въ состоянiи крайней необходимости, является по существу, преступнымъ, но извиняемымъ по соображенiямъ

*) Состоянiе крайней необходимости разсматривается авторомъ подъ особою рубрикою: „умышленныя поврежденiя, не имѣющiя характера наказуемаго правонарушенiя“.

гуманности, имѣетъ своимъ неизбѣжнымъ слѣдствіемъ то, что ненаказуемость такого дѣйствія съ одной стороны замыкается въ слишкомъ узкія рамки, а съ другой—выходитъ за предѣлы справедливаго. Объемъ ненаказуемости слишкомъ съуживается, когда оно исчерпывается случаемъ коллизіи жизни и собственности; обратно, безназанность получаетъ слишкомъ широкое распространеніе, когда исходятъ изъ положенія, что непреодолимая сила мотива самосохраненія дѣлаетъ само по себѣ преступное дѣяніе ненаказуемымъ. При такомъ условіи объективная цѣнность коллидирующихъ благъ теряетъ уже рѣшающее значеніе для вопроса о наказуемости дѣянія и мѣсто ея заступаетъ относительная ихъ цѣнность, измѣряемая субъективнымъ интересомъ дѣятеля. «Dass dem Thäter der Gefahr einer Verstümmelung gegenüber die Jntegrität seines Leibes, der Gefahr gegenüber auf nicht absehbare Zeit gefangen gehalten zu werden, seine Freiheit werthvoller erscheinen kann als das Leben eines ihm fremden Menschen, mag richtig sein, und es wird dann Gesundheit und Freiheit durch Tödtung eines Unschuldigen gerettet werden dürfen, eine Jnconsequenz die *Janka* zieht».

Изъ того, что дѣйствіе, учиненное въ состояніи крайней необходимости, оставаясь ненаказуемымъ, является тѣмъ не менѣе съ противозаконнымъ характеромъ, слѣдуетъ: 1) что поврежденіе чужаго блага влечетъ за собою обязательство возмѣстить причиненный ущербъ и 2) что лицо, которому грозитъ ущербъ отъ дѣйствія, совершаемаго въ состояніи крайней необходимости, имѣетъ право необходимой обороны противъ дѣятеля и только нравственные мотивы могутъ обязывать его отказаться отъ пользованія такимъ правомъ. Германское уложеніе, въ вопросѣ объ условіяхъ ненаказуемости дѣйствій, учиненныхъ въ состояніи крайней необходимости, стало на точку зрѣнія прежнихъ нѣмецкихъ кодексовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ оно не дѣлаетъ, въ отношеніи условій ненаказуемости, никакого различія между тѣми случаями, когда опасность, мотивировавшая правонарушеніе, проистекала изъ угрозы, или изъ иного источника.

Признавая правильность такого уравненія различныхъ случаевъ крайней необходимости, такъ какъ для вопроса объ отвѣтственности дѣятеля свойство причины, произведшей опасность, не можетъ имѣть никакого значенія, авторъ замѣчаетъ, что лучше было бы или соединить въ одно цѣлое опредѣленія понятій состоянія крайней необходимости и угрозы или точно выразить

въ законѣ, что безнаказанность дѣйствія, учиненнаго подъ вліяніемъ угрозы, зависитъ отъ того, что угроза создала для дѣятеля состояніе крайней необходимости.

Съ точки зрѣнія господствующаго въ современной доктринѣ уголовнаго и гражданскаго права взгляда на значеніе угрозы для вмѣненія, послѣдняя хотя ни въ какомъ случаѣ не исключаетъ свободы дѣйствія, а слѣдовательно и вмѣнимости его (Zurechenbarkeit), однако при извѣстныхъ условіяхъ уничтожаетъ юридическую отвѣтственность дѣятеля. Такъ какъ лицо, дѣйствующее подъ вліяніемъ угрозы, не лишено сознанія того, что ему представляются различныя возможныя комбинаціи поведенія: согласиться на требованіе угрожающаго лица, противодѣйствовать угрозѣ или, оставаясь пассивнымъ, допустить выполненіе надъ собою угрозы, то, говорятъ защитники этого воззрѣнія, рѣшимость дѣйствовать согласно волѣ угрожающаго лица является результатомъ выбора между этими возможными для дѣятеля выходами изъ его положенія, а слѣдовательно воля является свободною. Противъ этого воззрѣнія можно однакоже возразить что сознаніе дѣятелемъ того, что ему представляются нѣсколько возможныхъ исходовъ, не уполномочиваетъ еще къ выводу, что выборъ сдѣланъ имъ свободно. И совершенно невмѣняемый субъектъ нерѣдко бываетъ способенъ, руководясь представленіемъ о различіи возможныхъ для него способовъ дѣйствія, направить свою волю къ причиненію опредѣленнаго послѣдствія и, такимъ образомъ, поступить цѣлесообразно. Гораздо чаще, чѣмъ самъ дѣятель это думаетъ, дѣйствіе его является не результатомъ его свободнаго выбора, а необходимымъ послѣдствіемъ данныхъ условій. Съ другой стороны, если сдѣлать общимъ предположеніемъ отвѣтственности дѣятеля, обладаніе имъ въ конкретномъ случаѣ свободою выбора между различными доступными для него дѣйствіями, то это привело бы къ невозможности признать его когда бы то ни было отвѣтственнымъ за свои поступки, потому что ни одинъ судья не могъ бы раскрыть то, что для самого дѣятеля составляетъ непостижимую тайну—вытекла ли его рѣшимость на преступленіе изъ свободнаго выбора, или нѣтъ. Не въ силу презумпціи свободнаго выбора является дѣятель отвѣтственнымъ, коль скоро онъ не былъ способенъ противиться преобладанію преступнаго мотива, а потому, что онъ отвѣтственъ за такое настроеніе своей воли (die Beschaffenheit seines Willens), вслѣдствіе котораго онъ оказался неспособенъ къ самоопредѣленію мотивами долга.

Отправная точка зрѣнія положительнаго законодательства на основанія ненаказуемости дѣйствій, совершенныхъ въ состояніи крайней необходимости, расходится съ изложеннымъ выше воззрѣніемъ новѣйшей доктрины. Уголовные кодексы Вюртембергскій, Ганноверскій, Гессенскій, Баденскій, Саксонскій признаютъ дѣйствіе, вынужденное угрозами или учиненное въ состояніи крайней необходимости, не только ненаказуемымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ прямо сводятъ такую безнаказанность къ недостатку условій, при которыхъ возможно вмѣненіе дѣйствія (Mangel der Zurechenbarkeit der Handlung), къ отсутствію преступнаго настроенія воли. Германское уложеніе слѣдуетъ тому же взгляду. Признавая, что не всякая угроза обусловливаетъ ненаказуемость правонарушенія, учиненнаго подъ ея вліяніемъ, а лишь такая, съ которою соединяется непосредственная опасность для жизни или здоровья дѣятеля или близкаго ему лица, причемъ эта опасность неотвратима инымъ способомъ, законъ приравниваетъ такое принужденіе (Nöthigung) лица къ физическому принужденію (physischer Zwang). Если же тѣмъ не менѣе остается въ силѣ то различіе между обоими случаями, что тогда какъ физическое насиліе исключаетъ всякую самопроизвольную дѣятельность, дѣятельность лица, находящагося подъ впечатлѣніемъ угрозы, насколько она совершается цѣлесообразно, опредѣлена однако волею этого лица, то воля эта является, въ смыслѣ закона, несвободною, такъ какъ она не въ состояніи болѣе нормироваться сознаніемъ долга. Что касается втораго изъ указанныхъ въ законѣ условій ненаказуемости правонарушенія, учиненнаго въ состояніи крайней необходимости, именно чтобы состояніе крайней необходимости произошло не по винѣ дѣятеля, то безспорно, что кто умышленнымъ совершеніемъ наказуемаго дѣйствія подвергъ себя опасности, зная о томъ, что избавленіе отъ этой опасности для него возможно только путемъ учиненія дальнѣйшаго преступнаго дѣйствія, тотъ не имѣетъ никакого права на безнаказанность, а тѣмъ менѣе если онъ заранѣе умыслилъ совершеніе обоихъ этихъ преступныхъ дѣяній. Напротивъ того, нѣтъ достаточнаго основанія отрицать ненаказуемость дѣйствія какъ въ томъ случаѣ, когда состояніе крайней необходимости вытекло изъ неосторожности, такъ и тогда, если дѣятель, воспроизведя умышленно совершеннымъ имъ преступленіемъ состояніе крайней необходимости, учинилъ данное дѣйствіе не въ собственныхъ интересахъ, а для спасенія

другаго невиннаго лица. Далѣе, такъ какъ ненаказуемость дѣйствія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, ограничивается тѣмъ случаемъ, когда оно было учинено дѣятелемъ для избавленія себя или близкаго ему лица отъ опасности, угрожавшей жизни или тѣлу, то отсюда слѣдуетъ, что имущество и честь не обусловливаютъ, по смыслу закона, безнаказанности дѣйствія, совершеннаго въ ихъ защиту, если только вмѣстѣ съ тѣмъ опасности не подверглось и тѣло (какъ при изнасилованіи). Ограниченіе законодателемъ объема ненаказуемыхъ дѣйствій, совершаемыхъ въ состояніи крайней необходимости, тѣми, которыя имѣютъ цѣлью спасеніе важнѣйшихъ изъ благъ, принадлежащихъ человѣку—жизни и тѣла, спасеніе, притомъ, только себя или близкихъ лицъ, можетъ быть толкуемо лишь въ томъ смыслѣ, что ненаказуемость дѣятеля основывается на предположеніи, что онъ въ подобныхъ случаяхъ не способенъ оказать какое-либо противодѣйствіе силѣ мотива, что отъ него нельзя ожидать и требовать, чтобы онъ обладалъ въ этотъ моментъ чувствомъ долга (Pflichtgefühl), другими словами, что дѣяніе при этихъ условіяхъ должно быть разсматриваемо какъ несвободное и не вмѣнимое въ вину.

Неуклонное проведеніе такого воззрѣнія приводитъ однако къ такимъ результатамъ, которые совершенно несовмѣстны съ охраненіемъ нравственнаго и юридическаго порядка. Wenn man sich vergegenwärtigt in wie grossem Umfange das Gesetz es fordert, dass der Pflicht trotz der Gefahr für Leib und Leben genügt werde, wie es schliesslich keinen Menschen giebt der nicht in eine Lage kommen könnte, in welcher ihm, wenn nicht das Rechts-, so das Sittengesetz gebietet trotz persönlicher Gefahr seiner Pflicht zu genügen, dass alle sittliche und rechtliche Ordnung nur möglich ist und besteht, weil ein auch der Gefahr für Gesundheit und Leben trotzendes Pflichtgefühl in allen Kreisen der Gesellschaft verbreitet ist und sich täglich bethätigt, so wird man jenen Satz, dass das Pflichtgefühl und die sittliche Willenskraft aufhört wo Leib und Leben in Gefahr kommt für ebenso gefährlich als der täglichen Erfahrung widersprechend erklären müssen. Эти опасные для нравственнаго и юридическаго порядка результаты, вытекающіе изъ упомянутой нормы, вообще не дозволяющей требовать отъ дѣятеля, жизни или тѣлу котораго угрожаетъ опасность, чтобы онъ въ своихъ поступкахъ руководился требованіями долга, могутъ быть устранены только путемъ установленія изъятія (незнакомаго германскому уложенію, но встрѣчаю-

щагося въ нѣкоторыхъ другихъ кодексахъ, напр. Баденскомъ § 83 и Саксонскомъ § 92), коимъ бы признавалось, что состояніе крайней необходимости не можетъ служить оправданіемъ тому, кто, въ силу особаго лежащаго на немъ долга, обязанъ подвергаться опасности. Но, замѣчаетъ авторъ, подъискать юридическое основаніе такому изъятію изъ общей нормы нельзя. Невозможно ожидать, чтобы простое предписаніе положительнаго закона было способно вызвать въ человѣкѣ ту нравственную силу воли, которая, по общему правилу, признается немыслимою въ человѣкѣ, жизни или тѣлу котораго угрожаетъ опасность. Далѣе, если видѣть основаніе ненаказуемости дѣйствія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, въ невозможности вмѣнить это дѣйствіе въ вину, то будетъ совершенно послѣдовательно ограничивать понятіе крайней необходимости тѣми случаями, гдѣ опасность грозитъ исключительно тѣлу или жизни самого дѣятеля или ему близкихъ лицъ, ибо только въ этихъ случаяхъ есть хотя какое нибудь основаніе предполагать дѣйствіе силы, парализующей сознаніе долга въ дѣятелѣ.

Но затѣмъ отсюда получается выводъ, совершенно противорѣчащій здравому чувству справедливости: необладаніе силою воли въ размѣрѣ, превосходящемъ средній уровень, обусловливаетъ ненаказуемость дѣятеля, а тотъ, кто обнаружилъ такую недюжинную силу воли, что съ опасностью для своей жизни спасъ жизнь совершенно чуждаго ему человѣка, посредствомъ повреждeнія имущественнаго блага третьяго лица—долженъ подлежать наказанію. Отрицая вмѣнимость дѣйствія, совершеннаго въ состояніи крайней необходимости, уложеніе совершенно послѣдовательно не придаетъ, въ вопросѣ о наказуемости правонарушенія, никакого значенія сравнительной цѣнности повреждаемаго и спасаемаго благъ. Но въ то же самое время, оно оказывается совершенно непослѣдовательнымъ, требуя, для безнаказанности такого дѣйствія, чтобы причиняемый имъ вредъ былъ пропорціоналенъ вреду отвращаемому, ибо нельзя налагать обязанность сравнительной оцѣнки на субъекта, за которымъ отрицается возможность опредѣляться мотивами юридическаго долга.

Съ точки зрѣнія автора, рамки, въ которыя законъ заключаетъ ненаказуемыя дѣйствія, совершенныя въ состояніи крайней необходимости, съ одной стороны должны быть расширены, съ

другой—съужены. Кругъ юридическихъ благъ, могущихъ быть охраняемыми безнаказанно въ состояніи крайней необходимости, долженъ быть расширенъ, ибо нѣтъ достаточнаго основанія изъять какое либо юридическое благо отъ такой охраны. Этимъ путемъ законъ пришелъ бы къ единенію съ жизненными потребностями и практикою, такъ какъ чаще всего встрѣчаются такіе случаи, гдѣ вопросъ идетъ объ охраненіи имущества отъ стихійныхъ силъ огня, воды и т. п. и если неудовлетворительность въ этомъ отношеніи закона остается незамѣтною, то только потому, что вопреки закону, никому не приходитъ въ голову возбуждать уголовное преслѣдованіе за правонарушеніе, учиненное въ условіяхъ крайней необходимости. Далѣе слѣдуетъ совсѣмъ уничтожить то ограниченіе, въ силу котораго правонарушеніе является ненаказуемымъ только въ случаяхъ защиты собственныхъ интересовъ и интересовъ близкихъ лицъ. Самоотверженное спасеніе дѣятелемъ совершенно чужаго ему человѣка стоитъ гораздо выше, въ нравственномъ отношеніи, чѣмъ спасеніе себя или дорогихъ ему лицъ, а слѣдовательно юридическое основаніе ненаказуемости дѣйствія пріобрѣтаетъ здѣсь несравненно большую силу. Съ другой стороны ненаказуемость правонарушенія, учиненнаго въ состояніи крайней необходимости, должна быть прямо поставлена въ зависимость отъ того обстоятельства, причинилъ ли дѣятель вредъ въ намѣреніи отвратить этимъ вредъ бóльшій. Внесеніемъ такого общаго ограниченія въ понятіе состоянія крайней необходимости сами собою устранились бы всякія сомнѣнія относительно того, всѣ ли юридическія блага могутъ быть безнаказанно охраняемы въ состояніи крайней необходимости. На этомъ же основаніи, вопросъ о томъ, можетъ ли оправдываться состояніемъ крайней необходимости тотъ, кто, бывъ обязанъ, по свойству лежащаго на немъ особаго служебнаго долга, подвергаться опасности, уклонился отъ нея,—долженъ быть разрѣшенъ безусловно отрицательно, такъ какъ самымъ возложеніемъ на данное лицо долга исполнять свои обязанности, не взирая на грозящую опасность, указывается на то, что юридическое благо, которое охраняется исполненіемъ долга, стоитъ выше, чѣмъ здоровье и жизнь того, на комъ лежитъ этотъ долгъ, а слѣдовательно нарушаніе долга не можетъ здѣсь оставаться ненаказуемымъ во вниманіе къ тому, что оно было единственнымъ средствомъ самозащиты отъ опасности. Отсюда конечно не вытекаетъ, чтобы лицо, на которомъ лежитъ такой долгъ, должно

было приносить себя въ жертву этому долгу даже тогда, если бы такое самопожертвованіе представлялось совершенно безцѣльнымъ, а лишь то, что лицо это обязано, не взирая на угрожающую ему опасность, исполнять свой долгъ впродолженіи того времени и въ тѣхъ предѣлахъ, насколько оно тѣмъ самымъ можетъ еще служить той цѣли, которая достигается выполненіемъ этого долга; если же дѣятель уклоняется отъ опасности, вслѣдствіе сознанія безцѣльности самопожертвованія въ данномъ случаѣ, сознанія невозможности содѣйствовать достиженію того, къ чему онъ долженъ былъ стремиться, то онъ остается безнаказаннымъ, но не потому, что состояніе крайней необходимости извиняетъ нарушеніе долга, а потому, что онъ исполнялъ свой долгъ до послѣдней возможности. Безъ сомнѣнія вопросъ о томъ, былъ ли нарушенъ такимъ лицомъ долгъ, или нѣтъ—есть вопросъ факта, подлежащій разрѣшенію въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, въ зависимости отъ свойства служебныхъ обязанностей и данныхъ обстоятельствъ. Затѣмъ само собою разумѣется, что всякое правомѣрное насильственное дѣйствіе, а въ частности дѣйствіе лица, находящагося въ состояніи необходимой обороны, не можетъ создать состоянія крайней необходимости для того, кто сопротивляется такому правомѣрному дѣйствію. Такъ какъ состояніе крайней необходимости не исключаетъ возможности вмѣненія дѣйствія, то послѣднее, будучи ненаказуемо, сохраняетъ преступный характеръ, и вслѣдствіе этого налагаетъ на дѣятеля обязанность возмѣщенія причиненнаго ущерба. Эксцессъ въ состояніи крайней необходимости является уголовно наказуемымъ тогда, если дѣйствіе вышло за предѣлы необходимаго для спасенія блага, подвергшагося опасности, хотя и здѣсь, такъ же какъ и при необходимой оборонѣ, эксцессъ является извинительнымъ, если причиною его были замѣшательство или страхъ, произведшіе недостатокъ осмотрительности и предвидѣнія. Другой случай, когда правонарушеніе является наказуемымъ, имѣетъ мѣсто, когда дѣйствію недостаетъ одного изъ условій ненаказуемости его въ состояніи крайней необходимости, вслѣдствіе ли того, что дѣятель, по собственной винѣ, предположилъ существованіе условій крайней необходимости, которыя въ дѣйствительности отсутствовали, или потому, что при наличности состоянія крайней необходимости, недоставало какого-либо другаго изъ условій ненаказуемости дѣйствія.

VI.

Janka, Der strafrechtliche Notstand, изд. 1878 г.

Состояніе крайней необходимости (summa necessitas), въ техническомъ, уголовно-юридическомъ смыслѣ этого слова, обозначаетъ такое взаимное отношеніе нѣсколькихъ, независимыхъ одно отъ другаго, юридическихъ благъ (интересовъ), которымъ обусловливается фактическая невозможность совмѣстнаго существованія этихъ благъ, такъ что сохраненіе одного изъ нихъ является возможнымъ только путемъ поврежденія другаго блага. Приходящія при этомъ въ столкновеніе юридическія блага могутъ представляться: а) *однородными* (напр. коллизія жизни одного лица съ жизнью другаго лица), причемъ коллидирующія блага могутъ представляться совершенно одинаковыми, или различными въ количественномъ отношеніи (по сравнительному объему, цѣнности) и б) *качественно различными* (напр. жизнь противопоставляется тѣлесной неприкосновенности или вещному благу). При неравенствѣ коллидирующихъ интересовъ, или высшее благо сохраняется на счетъ низшаго, или наоборотъ. Причины, воспроизводящія такое столкновеніе юридическихъ благъ, могутъ лежать или въ стихійныхъ силахъ, или въ дѣйствіяхъ человѣка; въ этомъ послѣднемъ случаѣ состояніе крайней необходимости намѣренно воспроизводится чужею волею, которая, имѣя своею прямою цѣлью понудить другое лицо къ совершенію какого-либо дѣянія, воспрещаемаго закономъ, прибѣгаетъ для этого къ угрозѣ (vis compulsiva).

Вопросъ о томъ, въ чемъ заключаются основанія ненаказуемости дѣйствій, учиненныхъ въ состояніи крайней необходимости, при какихъ условіяхъ и въ какомъ объемѣ можетъ быть допускаема, съ точки зрѣнія права, такая безнаказанность, разрѣшается авторомъ слѣдующимъ образомъ. Въ состояніи крайней необходимости отдѣльное лицо, стремясь къ сохраненію собственнаго юридическаго блага, которому грозитъ опасность, повреждаетъ или разрушаетъ чужое благо, наравнѣ съ первымъ пользующееся признаніемъ со стороны права и подлежащее охраненію. Отсюда очевидно, что фактъ опаснаго столкновенія юридическихъ благъ не можетъ еще, самъ по себѣ, служить достаточнымъ основаніемъ ненаказуемости дѣйствія, хотя и вызваннаго этимъ столкновеніемъ правовыхъ интересовъ, но тѣмъ не менѣе противорѣчащаго праву. Здѣсь прежде всего является безспорнымъ

то положеніе, что какъ скоро поврежденное благо, общее или частное, оказывается высшимъ, болѣе цѣннымъ по сравненію съ благомъ спасаемымъ, или оба блага представляются равноцѣнными, право должно противодѣйствовать такому посягательству всѣми располагаемыми имъ средствами защиты, въ томъ числѣ и наказаніемъ дѣятеля. Опасность, грозящая лицу въ состояніи крайней необходимости, есть его несчастіе; тотъ, чью личность или чье имущество это несчастіе постигло, долженъ переносить его на себѣ, а не сваливать на другое лицо, совершенно непричастное его бѣдѣ. Въ обоихъ этихъ случаяхъ должны существовать особыя основанія для того, чтобы поврежденіе коллидирующаго блага могло оставаться ненаказуемымъ. Основанія ненаказуемости вынужденныхъ дѣйствій не одни и тѣже для различныхъ случаевъ крайней необходимости. Прежде всего слѣдуетъ отграничить группу случаевъ, гдѣ опасность, возникшая изъ состоянія крайней необходимости, угрожаетъ всему существованію лица, отъ тѣхъ, гдѣ опасности подвергается какое-либо менѣе цѣнное благо (вознаградимое или невознаградимое—это все равно, лишь бы вопросъ не касался самаго существованія индивида). Останавливаясь на наиболѣе характерномъ изъ случаевъ первой группы, именно на томъ случаѣ, когда опасность угрожаетъ жизни лица, и послѣднее, для избавленія себя отъ такой смертельной опасности, вторгается въ сферу чужаго права, авторъ замѣчаетъ, что и здѣсь, въ виду учиненнаго неправа, существуетъ условіе наказуемости дѣятеля *). Право, карая за неисполненіе его положеній, можетъ вовсе игнорировать различныя, лежащія въ человѣческой природѣ и влекущія его къ преступленію страсти и побужденія, или придавать имъ лишь весьма ограниченное значеніе; во всякомъ случаѣ вопросъ о наказуемости дѣйствія стоитъ въ полной отъ нихъ независимости. Das Recht könne sich nicht darum zu bekümmern, ob der zu Bestrafende dem Antriebe zu widerstehen überhaupt im Stande war, ob er überhaupt anders hätte können, als demselben folgen. Тѣмъ не менѣе право не можетъ смотрѣть на лицо, нарушившее его велѣнія для отвращенія такой опасности, которая угрожала его существованію (Existenz), какъ на преступника. Самосохраненіе есть высшій законъ природы. Все живое борется за собственное существованіе. Міръ соціальный

*) Авторъ рѣшительно отвергаетъ понятіе неправды ненаказуемой или гражданской, въ противоположность неправдѣ наказуемой или уголовной.

управляется этимъ закономъ наравнѣ съ міромъ физическимъ. Само право борется за свое существованіе, противопоставляя себя неправу, прибѣгая къ уголовной карѣ. Въ силу этого закона самосохраненія, преступный характеръ дѣянія отступаетъ на заднiй планъ, какъ скоро нарушеніе права являлось необходимымъ условіемъ сохраненія жизни индивида. На этомъ основаніи, какъ-бы ни было значительно, въ качественномъ и количественномъ отношеніи, произведенное при этомъ вторженіе въ область права (а слѣдовательно, хотя бы даже дѣятель сохранилъ собственную жизнь цѣною жизни другаго лица)—оно остается ненаказуемымъ по правилу: „Wer sein Leben erhält, der ist straflos, er mochte gehandelt haben, in welcher Weise er wollte“. Вопросъ о существованіи (Existenzfrage) не можетъ никоимъ образомъ быть отождествляемъ съ вопросомъ о жизни. Даже понятіе физическаго существованія шире понятія жизни. Человѣкъ, подвергшійся оскопленію, лишенный зрѣнія, рукъ и ногъ или вообще какой нибудь существенной части тѣла, перестаетъ быть человѣческимъ тѣломъ въ полномъ смыслѣ этого слова. Нѣтъ никакой надобности прибѣгать къ натянутымъ фикціямъ, въ родѣ тѣхъ, что какъ скоро угрожаетъ опасность лишиться одного изъ членовъ тѣла, всегда существуетъ и опасность для жизни, или же, что дѣятель въ подобномъ случаѣ не въ состояніи съ точностію опредѣлить, что именно ему угрожаетъ. Не всякая опасность для тѣла можетъ быть признана опасностью, грозящею существованію индивида. Если выраженіе (Leib und Leben), обнимающее только случаи посягательства на жизнь, является слишкомъ узкимъ, то съ другой стороны выраженіе „Leib oder Leben“ было бы слишкомъ широко. Въ смыслѣ понятія „Existenz“ можно говорить только о такой опасности, которой подвергается тѣло въ его существенныхъ частяхъ (wenn die Gefahr den Leib in seiner wesentlichen Integrität betrifft), но сюда не подойдутъ тѣ случаи, когда лицу угрожаетъ лишь незначительное обезображеніе, напр. шрамъ, потеря одного изъ второстепенныхъ членовъ тѣла и т. п. Съ такимъ же различнымъ значеніемъ являются и тѣ случаи, когда опасность грозитъ личной свободѣ индивида. Тотъ, кому угрожаетъ опасность лишиться свободы передвиженія впродолженіи одного—двухъ дней, вообще на короткій срокъ, не можетъ считаться находящимся въ опасности за свое существованіе (der ist in seiner Existenz nicht berührt). Иное дѣло, если лицу угрожаетъ потеря свободы навсегда или на неопредѣ-

ленное время, или если оно должно опасаться утраты вообще своей правовой свободы, своей юридической личности (welcher seine rechtliche Freiheit—seine rechtliche Persönlichkeit—überhaupt zu verlieren fürchten müsste). Свобода личности есть часть и притомъ въ высшей степени существенная личнаго существованія (der persönlichen Existenz). Наконецъ сюда же, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, относится опасность, угрожающая половой чести женщины. Das entbehrte Weib ist in seinem Sein gleich schwer und unheilbar getroffen, wie der an seinem Körper Siechgewordene, wie der Verstümmelte. Es ist, wie dieser, verstümmelt, ein Krüppel. Только однако въ томъ предположеніи, что физическое насиліе грозило нарушеніемъ половой цѣлости (die geschlechtliche Integrität) женщины, оно можетъ быть разсматриваемо какъ опасность для ея существованія. Но другаго рода посягательства на цѣломудріе, случаи простаго оскорбленія чувства стыдливости, сюда не относятся и должны быть обсуждаемы на основаніи иныхъ соображеній. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что примѣненіе начала самосохраненія, какъ основаніе ненаказуемости дѣйствій лица, находящагося въ состояніи крайней необходимости, не можетъ быть ограничиваемо ни случаями охраненія жизни, ни случаями охраненія тѣлесной цѣлости. Заключенный, противозаконно содержащійся подъ стражею и убивающій тюремщика съ цѣлью возвратить себѣ свободу, долженъ оставаться безнаказаннымъ точно такъ же, какъ и насилуемая женщина, убивающая съ цѣлью не допустить изнасилованія ея. Съ другой стороны сюда не подойдутъ ни опасность для имущества, ни опасность для чести лица. Опасность, угрожающая имущественному благу, можетъ пріобрѣсти значеніе высшей личной опасности (einer höchstpersönlicher Gefahr) только въ тѣхъ случаяхъ, когда вещное благо, подвергшееся опасности, было единственнымъ и послѣднимъ средствомъ для поддержанія жизни индивида, и такимъ образомъ существованіе лица подвергалось опасности совмѣстно съ его имуществомъ. Внутренняя честь человѣка (die innere Ehre) есть безъ сомнѣнія также высшее личное благо, обнимающее всего человѣка (сословныя преимущества и т. п. сюда не относятся), но она не можетъ ни очутиться въ состояніи крайней необходимости, т. е. въ такомъ положеніи, когда для нея является необходимость самосохраненія насчетъ правонарушенія, ни вообще быть охранена этимъ способомъ; посягательство же на внѣшнюю честь (eine Verletzung der aüsseren Ehre) оставляетъ честь внутреннюю въ неприкосновенности.

Отдѣльно отъ всѣхъ этихъ случаевъ стоятъ тѣ случаи крайней необходимости, въ которыхъ объ опасности для личнаго существованія (въ вышеуказанномъ смыслѣ) не можетъ быть рѣчи, гдѣ, слѣдовательно, опасность грозитъ тѣлу, свободѣ, цѣломудрію, чести и вообще какому-либо юридическому благу въ болѣе ограниченномъ объемѣ, причемъ качественно высшее благо сохраняется на счетъ качественно низшаго, или, при сравнительно одинаковомъ качествѣ, количественно большее на счетъ количественно меньшаго. Такъ какъ задача права состоитъ въ реализаціи индивидуальной воли въ возможно большемъ объемѣ, а слѣдовательно конечная цѣль права будетъ заключаться въ предпочтительномъ охраненіи высшаго блага, при опасной для послѣдняго коллизіи съ благомъ низшаго достоинства,—то отсюда, казалось бы, естественно вытекаетъ общее положеніе: высшему благу должна быть предоставлена возможность самосохраненія на счетъ низшаго блага. Положеніе это не можетъ однако быть принято въ такой его общей формулѣ. Безъ сомнѣнія, то обстоятельство, что жертвуемое благо является, наравнѣ со спасаемымъ благомъ, юридически признанною волею другаго лица, не можетъ стѣснять право (bindet dem Rechte die Hände nicht), ибо послѣднее всегда имѣетъ въ виду охраненіе воли во всей ея совокупности, причемъ воля отдѣльнаго лица разсматривается лишь въ ея отношеніи къ волѣ общей и въ частности къ волѣ всѣхъ прочихъ индивидовъ. Тѣмъ не менѣе то положеніе, что каждое лицо, въ сферѣ его юридически-гарантированныхъ интересовъ, должно пользоваться охраною, имѣетъ само по себѣ огромный вѣсъ въ разсматриваемомъ вопросѣ и даже отодвигаетъ другое положеніе—„воля должна быть охраняема въ ея наибольшемъ объемѣ"—на второй планъ, коль скоро сравнительная разность цѣнности жертвуемаго и спасаемаго благъ оказывается минимальною. Поэтому только тамъ, гдѣ условія измѣняются въ обратномъ смыслѣ, т. е. гдѣ спасаемое благо значительно превосходитъ, по своей цѣнности, благо жертвуемое, состояніе крайней необходимости выступаетъ съ первенствующимъ значеніемъ. Такимъ образомъ рѣшающее значеніе для вопроса имѣетъ не относительный размѣръ (Verhältnissmässigkeit) коллидирующихъ благъ, а ихъ несоизмѣримость, несоотвѣтствіе (die Unverhältnissmässigkeit, das Misverhältniss).

Обращаясь затѣмъ къ обсужденію вопроса, вліяетъ ли на измѣненіе юридической природы состоянія крайней необходимости раз-

личіе причинъ, обусловившихъ его возникновеніе, именно то, является ли источникомъ опасности случайное обстоятельство, стихійная сила или угроза, т. е. человѣческая воля, авторъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ, основываясь на слѣдующихъ соображеніяхъ.

Новѣйшая доктрина поступаетъ совершенно правильно, рѣзко разграничивая существенно отличныя одно отъ другаго понятія физическаго принужденія (vis absoluta) съ одной стороны и состоянія крайней необходимости и т. наз. vis compulsiva съ другой. На счетъ юридическихъ основаній къ такому разграниченію между криминалистами существуетъ полное единодушіе. Vis absoluta есть перевѣсъ тѣлесной силы, физическое принужденіе, подъ давленіемъ котораго принуждаемое лицо превращается въ орудіе насилующаго или механически слѣдуетъ по тому направленію, куда его толкаетъ естественная сила природы—vis major naturae. Принуждаемый, оставаясь въ моментъ рѣшимости способнымъ ко вмѣненію, безусловно не желаетъ совершенія дѣйствія. Послѣднее не вытекаетъ изъ его воли, оно совершенно чуждо ей и потому не можетъ быть ей приписано; здѣсь отсутствуетъ необходимая связь между волею и дѣяніемъ. Совершеніе дѣйствія является здѣсь или простымъ случаемъ,—результатомъ vis naturae, или дѣломъ чужой воли—для оцѣнки дѣйствій принуждаемаго, это различіе, съ точки зрѣнія уголовнаго права, лишено всякаго значенія. Напротивъ того дѣйствующій подъ вліяніемъ угрозы желаетъ наступленія извѣстнаго послѣдствія, также какъ и тотъ, кто находится въ состояніи крайней необходимости, источникомъ котораго является сила природы. Будемъ ли мы разсматривать волю такого лица какъ вынужденную, несвободную, или какъ способную къ самоопредѣленію—все равно: лицо желаетъ извѣстнаго результата, а слѣдовательно воля и дѣйствіе, матеріально, находятся въ взаимной связи, допускающей вмѣненіе дѣйствія лицу. Но затѣмъ, по мнѣнію Janka, нѣтъ никакого юридическаго основанія разграничивать состояніе крайней необходимости, явившееся результатомъ дѣйствія силъ природы, отъ случаевъ, гдѣ лицо дѣйствуетъ подъ вліяніемъ угрозы. Тотъ, кто поставленъ, въ силу естественной случайности, въ такое положеніе, въ которомъ ему предстоитъ или лишиться собственнаго блага, или нарушить законъ, находится въ тѣхъ же условіяхъ какъ и тотъ, кто приведенъ къ той же альтернативѣ дѣйствіемъ чьей либо угрозы. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, состоя-

ніе крайней необходимости будетъ существовать или отсутствовать, смотря по тому, представлялось ли лицу иное средство для отвращенія опасности, помимо правонарушенія, или нѣтъ, дѣйствительно ли для дѣятеля возникла крайняя нужда, или нѣтъ. Въ томъ и другомъ предположеніи, опасность, воспроизводимая дѣйствіемъ угрозы, или является съ тѣмъ же юридическимъ значеніемъ какъ и всякая другая опасность, или лишено этого значенія вовсе; значеніе это не можетъ быть ни большимъ, ни меньшимъ, по сравненію съ опасностью, проистекшею изъ другаго источника. Der Anlass der Gefahr berührt die rechtliche Natur des Notstandsverhältnisses nicht. Eine Zweiteilung aus dem angegebenen Gesichtspunkte ist zu verwirfen.

По вопросу о томъ, уничтожается ли основаніе ненаказуемости дѣйствій, совершаемыхъ въ состояніи крайней необходимости, когда послѣднее возникло по винѣ дѣятеля, авторъ приходитъ къ слѣдующимъ выводамъ: 1) прежде всего безспорнымъ является то положеніе, что состояніе крайней необходимости (Notstand) не существуетъ тамъ, гдѣ нарушеніе является *юридическимъ* слѣдствіемъ того вынужденнаго положенія (Notlage), въ которое дѣятель поставилъ себя по собственной винѣ. Преступникъ, подлежащій наказанію, не находится въ состояніи крайней необходимости, какъ и тотъ, кто, совершая противозаконное нападеніе, подвергаетъ себя опасности отъ дѣйствій лица обороняющагося; 2) если дѣятель умышленно поставилъ себя въ состояніе крайней необходимости, въ намѣреніи совершить при этомъ преступное дѣяніе, то это дѣяніе подлежитъ наказанію, какъ умышленное; 3) если дѣятель не имѣлъ такого умысла, но въ тоже время могъ, при надлежащей осмотрительности, предвидѣть наступленіе для себя опасности, для отвращенія которой ему придется совершить противозаконное дѣяніе, то состояніе крайней необходимости защищаетъ его отъ обвиненія въ умышленномъ дѣяніи, но послѣднее наказуемо, какъ неосторожное преступленіе, равно какъ и то дѣйствіе, которое, обусловило состояніе крайней необходимости; 4) гдѣ нѣтъ и предположенія неосмотрительности, тамъ для дѣятеля существуетъ полная безнаказанность.

Состояніе крайней необходимости не освобождаетъ отъ наказанія того, на комъ лежитъ юридическая обязанность (Rechtspflicht) подвергать себя опасности. Такое изъятіе изъ общаго правила представляется настолько естественнымъ, что едва ли

требуетъ доказательства. Въ самомъ дѣлѣ изъ понятія права непосредственно вытекаетъ для индивидуальной воли обязанность жертвовать для общаго блага, когда это необходимо, и самымъ существованіемъ (auch die Existenz). Вопросъ можетъ заключаться лишь въ томъ, въ какихъ случаяхъ такая обязанность самопожертвованія существуетъ. Безъ всякаго сомнѣнія право можетъ требовать подобной жертвы со стороны индивида лишь въ крайнихъ случаяхъ. Казначей, отдающій, подъ угрозою смерти, ключи отъ государственной кассы, не совершаетъ преступленія, какъ и тюремный надзиратель, который, находясь въ подобномъ положеніи, упускаетъ арестанта, ибо никакой законъ не требуетъ отъ этихъ лицъ, чтобы они, для исполненія своего служебнаго долга, жертвовали жизнью. Такимъ образомъ обязанность не отступать передъ опасностью можетъ имѣть мѣсто только тамъ, гдѣ законъ категорически этого требуетъ. Законы гражданскіе не знаютъ такой обязанности, она предписывается только законами военными. Вопросъ о томъ, является ли ненаказуемымъ и въ какомъ объемѣ противозаконное дѣйствіе третьго лица, учиненное имъ для избавленія находящагося въ состояніи крайней необходимости или принадлежащаго ему блага отъ опасности, разрѣшается различно въ зависимости отъ того, смотрѣть ли на состояніи крайней необходимости, какъ на право, право нужды (Notrecht), или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ дѣйствіе, совершаемое въ состояніи крайней необходимости, является ненаказуемымъ безотносительно къ личности дѣятеля; помощь, оказываемая третьимъ лицомъ, всегда должна здѣсь быть признаваема правомѣрною. Равнымъ образомъ дѣйствіе третьяго лица, направленное къ спасенію блага въ состояніи крайней необходимости, является безусловно ненаказуемымъ и съ точки зрѣнія теоріи, полагающей основаніе ненаказуемости такого дѣйствія исключительно въ матеріальномъ моментѣ, въ соотношеніи коллидирующихъ благъ. Съ точки зрѣнія автора, необходимо различать, является ли дѣйствіе ненаказуемымъ вслѣдствіе того, что меньшій интересъ долженъ быть принесенъ въ жертву высшему, или же основаніе ненаказуемости дѣйствія заключается въ опасности, угрожающей существованію лица, которое находится въ состояніи крайней необходимости. Въ первомъ случаѣ безразлично, кто бы ни дѣйствовалъ для сохраненія высшаго блага: основаніе погашенія виновности остается однимъ и тѣмъ же, безотносительно къ личности дѣятеля, во второмъ же случаѣ основаніе ненаказуе-

мости есть чисто личное (ein rein persönlicher). Третье лицо остается ненаказуемымъ, если оно имѣло достаточныя основанія выступить дѣятелемъ, когда слѣдовательно, опасность, угрожающая существованію другаго, въ той же мѣрѣ касалась и его самаго (in der gleichen Intensität seine eigene Person berührt). При томъ глубоко важномъ значеніи, которое имѣетъ для интересовъ права и въ частности для интересовъ потерпѣвшаго, правонарушительное дѣйствіе, законъ не можетъ предоставлять рѣшеніе вопроса о ненаказуемости третьяго лица усмотрѣнію судьи и самъ долженъ остерегаться произвольнаго расширенія рамокъ безнаказанности, что равнялось бы безучастному отношенію къ совершающимся посягательствамъ на высшія блага и интересы правовой жизни. Поэтому въ тѣхъ случаяхъ, когда такія дѣйствія предпринимаются для охраненія дальнихъ родственниковъ, можетъ быть рѣчь только о смягченіи наказанія, а не о безнаказанности. Послѣдняя можетъ имѣть мѣсто только тамъ, гдѣ надо признать дѣйствительное и полное единство личности (wo eine wirkliche und volle Personeneinheit zwischen den Betroffenen anzunehmen ist), а такое тождество существуетъ только между супругами, обрученными, родителями и дѣтьми, дѣдами и внуками, а также между родными сестрами и братьями. Согласно изложеннымъ соображеніямъ, авторъ проектируетъ слѣдующее постановленія закона о состояніи крайней необходимости: Wer eine gegenwärtige, auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr abwendet, welche seine persönliche Existenz in ihrer wesentlichen Integrität bedroht, dessen Handlung ist nicht strafbar. Der Gefahr für die Person des Thäters ist die Gefahr für dessen Ehegatten, Verlobten, für dessen Blutsverwandte in auf—und absteigender Linie und für dessen Geschwister gleichzuhalten. Eben so wenig begeht eine strafbare Handlung, wer eine andere unmittelbar bevorstehende und auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr von sich oder von Anderen abwendet, insofern das Misverhältnis zwischen der abgewendeten Beschädigung und der zugefugten Verletzung ein offen liegendes ist".

ИЗВЛЕЧЕНІЯ

ИЗЪ ИНОСТРАННЫХЪ СОЧИНЕНІЙ,

УПОМЯНУТЫХЪ ВЪ ОБЪЯСНИТЕЛЬНОЙ ЗАПИСКѢ,

ПО ВОПРОСАМЪ,

ОТНОСЯЩИМСЯ КЪ УЧЕНІЮ

О ПРЕСТУПНЫХЪ ДѢЯНІЯХЪ И НАКАЗАНІЯХЪ ВООБЩЕ.

Составлено С. М. Латышевымъ

подъ руководствомъ члена редакціонной коммисіи

Н. С. Таганцева.

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

ТИПОГРАФІЯ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩАГО СЕНАТА

1883.

ВИДЫ ВИНОВНОСТИ

(*ст. 43 проекта редакціонной коммисіи*)

а) Опредѣленіе понятія преступнаго умысла и его виды.

I.

Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881 г. стр. 142 и слѣд.

Dolus, преступный умыселъ, есть воля, направленная на преступное (правонарушительное) послѣдствіе или на поврежденіе (Verletzung) какого либо юридически защищеннаго блага, а слѣдовательно, такая воля, которая стремится къ воспроизведенію тѣхъ моментовъ, изъ коихъ слагается извѣстная неправда (ein gewisses Unrecht). Ein doloses (oder „vorsätzliches" oder „beabsichtigtes") Verbrechen ist also vorhanden wenn der Handelnde durch seine That eine Verletzung, die das Gesetz, für strafbar erklärt, nach allen ihren wesentlichen Momenten verwirklichen wollte; also wenn Das, was man wollte und wie man es wollte, strafbares Unrecht ist. Хотѣть можно, естественно, того только, что намъ извѣстно, что представляется сознанію, какъ существующее или какъ цѣль. Поэтому для бытія dolus всегда требуется наличность дѣйствительнаго или мнимаго знанія въ опредѣленномъ направленіи: субъектъ долженъ *знать* или по крайней мѣрѣ *вѣрить* что его дѣйствіемъ будетъ повреждено опредѣленное благо *и рѣшиться* на это дѣйствіе, слѣдовательно, *хотѣть* правонарушенія. Ближайшее опредѣленіе условій бытія dolus требуетъ точнаго анализа: I) отношенія знанія и воли дѣятеля къ объективному составу преступнаго дѣянія. Для бытія dolus требуется, чтобы воля дѣятеля была дѣйствительно направлена на всѣ объективные признаки, образую-

щіе, въ ихъ совокупности, данное преступное дѣяніе, чтобы воля направлялась на весь объективный составъ дѣянія. Напр. чтобы, при грабежѣ, дѣятель хотѣлъ присвоить себѣ чужую вещь съ насиліемъ противъ личности. Коль скоро хотѣніе дѣятеля не простиралось хотя бы только на одинъ изъ существенныхъ моментовъ даннаго преступленія, то по отношенію къ этому преступленію dolus отсутствуетъ. Если поэтому дѣятель осуществляетъ все объективно-необходимое для состава преступленія, но при этомъ не желалъ этого осуществить и вслѣдствіе заблужденія не зналъ, что онъ осуществляетъ объективный составъ дѣянія, воспрещеннаго закономъ, то будетъ ли его заблужденіе извинительно или неизвинительно, будетъ ли то юридическая или фактическая ошибка, лицо дѣйствуетъ не in dolo. Напр. лицо похищаетъ вещь у ея владѣльца, считая таковую, вслѣдствіе юридической ошибки (*), своею; здѣсь недостаетъ необходимаго для понятія кражи dolus, такъ какъ онъ хотѣлъ похитить не чужую, а только свою вещь, т. е. его dolus заключался лишь въ намѣреніи учинить самоуправство (eine Selbsthilfe zu begehen).

II) отношенія знанія и воли дѣятели къ дѣйствующему праву. Вопросъ о томъ, не требуется ли для бытія умысла, чтобы дѣятель зналъ о томъ, что умышленное имъ нарушеніе (verletzende That) является противорѣчащимъ праву, составляетъ неправду,—разрѣшается весьма многими криминалистами положительно. Послѣдніе утверждаютъ, что одно желаніе того, что требуется для наличности законнаго состава преступленія,—преступнаго послѣдствія—недостаточно для бытія dolus; необходимо еще знаніе дѣятелемъ того, что желаемое имъ преступно и воспрещено, необходимо, слѣдовательно, сознаніе отношенія желаемаго имъ (des Gewollten) къ закону,—то, что нѣкоторые называютъ dolus juris. По мнѣнію Wächter'а, такое воззрѣніе неправильно. Хотя съ желаніемъ преступнаго результата всегда тѣсно связано сознаніе преступности или запрещенности желаемаго, возможны однако случаи, въ которыхъ желанію послѣдствія, стоящаго въ противорѣчіи съ закономъ, недостаетъ именно такого сознанія. Если дѣятелю не представлялось никакой возможно-

(*) Авторъ расходится съ большинствомъ криминалистовъ въ опредѣленіи фактической ошибки, признавая ошибку касательно одного изъ моментовъ объективнаго состава преступленія юридическою, а не фактическою, такъ какъ она всегда покоится на незнаніи или неправильномъ пониманіи какого-либо положенія права.

сти знать, что умышленное имъ дѣйствіе воспрещено закономъ, т. е. является неправдою (Unrecht ist), то таковое вообще не можетъ быть вмѣнено ему въ вину; это однако чрезвычайно рѣдкій случай. Если же онъ не знаетъ этого, а между тѣмъ легко могъ бы о томъ освѣдомиться, то dolus вслѣдствіе такого незнанія не исключается, т. е. сознаніе запрещенности и преступности умышленнаго дѣйствія не необходимо само по себѣ (an und für sich nicht nöthig). Для бытія dolus достаточно, чтобы *то*, чего дѣятель дѣйствительно желалъ, и *такъ*, какъ онъ этого желалъ, было неправдою, ибо тогда его индивидуальная воля находится въ прямомъ противоположеніи съ волею всеобщею, закономъ; зналъ или не зналъ при этомъ дѣятель, что умышленное имъ противорѣчитъ праву, въ обоихъ случаяхъ онъ дѣйствуетъ in dolo. Другое дѣло, конечно, если законъ вводитъ въ составъ извѣстнаго преступленія признакъ сознанія дѣятелемъ преступности того, что онъ умышляетъ. При недостаткѣ въ подобныхъ случаяхъ такого знанія, dolus отсутствуетъ. Впрочемъ и въ другихъ случаяхъ, когда то, что дѣятель умыслилъ, образуетъ законный составъ преступленія, т. е. когда лицо дѣйствуетъ in dolo, но при этомъ не знало, что умышляемое имъ воспрещено или составляетъ неправду, законъ долженъ признать за такимъ невѣдѣніемъ, въ большинствѣ, по крайней мѣрѣ, случаевъ значеніе уменьшающаго наказаніе обстоятельства. Многіе криминалисты утверждаютъ, что для бытія dolus требуется знаніе дѣятелемъ о томъ, что умышляемое имъ дѣяніе наказуемо (Bewusstsein der Strafbarkeit), но такое мнѣніе рѣшительно ложно, ибо то представленіе о юридическихъ послѣдствіяхъ своего дѣянія, которое дѣятель себѣ составилъ, совершенно безразлично для бытія его преступной воли (für das Dasein seines widerrechtlichen Willens). Онъ подлежитъ наказанію потому, что желалъ учинить неправду, а не потому или не тогда, когда онъ зналъ, что его можетъ постигнуть наказаніе. Не уголовною угрозою обусловливается правомѣрность наказанія, а слѣдовательно и знаніе угрожающаго наказанія не можетъ быть условіемъ правомѣрности наказанія. Иные требуютъ для бытія dolus чтобы нарушеніе служило для дѣятеля цѣлью (eine Absicht in dem Sinne, dass der Thäter die Verletzung als Zweck, als das Ziel seines Handelns sich vorgesetzt, von den Aelteren animus nocendi genannt). Но это значило бы заходить слишкомъ далеко; для понятія умысла вполнѣ достаточно того, что дѣятель хотѣлъ нарушенія или сознательно

воспроизвелъ таковое. Поэтому лицо дѣйствуетъ in dolo и тогда, если нарушеніе было для него только средствомъ къ достиженію другой цѣли, или когда онъ только предвидѣлъ нарушеніе какъ необходимое (хотя бы даже и нежелательное для него) послѣдствіе дѣйствія, предпринятаго въ виду совершенно иныхъ цѣлей, и всетаки учинилъ это дѣйствіе. Цѣль, которую дѣятель имѣетъ въ виду (неудачно называемая нѣкоторыми „матеріальнымъ намѣреніемъ“ въ отличіе отъ dolus—„формальнаго намѣренія) можетъ, при одномъ и томъ же преступленіи, быть весьма различною и, въ общемъ правилѣ, выходитъ за предѣлы того, что образуетъ содержаніе преступленія, а потому она, подобно мотивамъ, опредѣлившимъ дѣятеля къ дѣянію, представляетъ собою нѣчто индифферентное въ понятіи dolus. Слѣдуетъ однако замѣтить: а) что въ цѣли, которой дѣятель хочетъ достигнуть путемъ преступленія, можетъ еще заключаться dolus, направленный на учиненіе дальнѣйшаго преступленія, какъ напр. въ томъ случаѣ, когда кто-либо зажигаетъ домъ съ цѣлью убить его обитателя (совокупность оконченнаго поджога и покушенія на убійство) и б) при нѣкоторыхъ долозныхъ преступленіяхъ законъ требуетъ, чтобы дѣятель, совершая дѣяніе, преслѣдовалъ опредѣленную ближайшую цѣль, или руководился при этомъ извѣстнымъ только мотивомъ (dass der Thäter mit dem Wollen noch einen bestimmten (nächsten) Zweck oder eine bestimmte Absicht verband oder dass er sie aus einem gewissen Motiv beging); въ такомъ случаѣ dolus имѣетъ мѣсто только при томъ условіи, что дѣятель стремился къ опредѣленной цѣли или же опредѣлился къ дѣйствію требуемымъ мотивомъ.

Такъ какъ можно только хотѣть, или не хотѣть чего-либо, то въ этомъ смыслѣ dolus не допускаетъ никакихъ степеней; но энергія, интенсивность преступнаго умысла, а соотвѣтственно съ этимъ и его наказуемость, можетъ конечно представлять различныя градаціи, въ зависимости отъ рѣшительности, твердости, самостоятельности и опредѣленности преступнаго намѣренія. Въ этомъ отношеніи и особенно въ видахъ рѣзкаго разграниченія понятій dolus и culpa, слѣдующія подраздѣленія dolus'а представляются не лишенными значенія : I) по условіямъ возникновенія и зависящей отъ того интенсивности dolus, послѣдній можетъ быть разсматриваемъ или какъ хладнокровно обдуманный (mit Ueberlegung und Bedacht, bei ruhigem Blut), или какъ родившійся въ состояніи душевнаго волненія, аффекта (bloss in einer Gemüthsaufwallung, im Affect):

римскіе источники обозначаютъ послѣдній видъ dolus словомъ impetus, а первый—propositum; II) по болѣе или менѣе опредѣленному и прямому направленію воли на правонарушительный моментъ (auf das rechtsverletzende Moment): 1) обыкновенный случай долознаго дѣянія есть тотъ, когда воля дѣятеля прямо направляется на опредѣленную конкретную неправду, на опредѣленное преступное послѣдствіе; это т. наз. опредѣленный умыселъ, dolus determinatus; нѣкоторые называютъ его также dolus specialis или directus. Конечно можетъ случиться, что лицо умышляетъ совмѣстное нарушеніе нѣсколькихъ опредѣленныхъ правъ (mehrere bestimmte Rechte cumulativ verletzen will), одно подлѣ другаго или одно вслѣдъ за другимъ; напр когда лицо, съ цѣлью грабежа, входитъ въ домъ, умышленно убиваетъ сопротивляющагося ему обитателя, затѣмъ похищаетъ деньги и наконецъ, въ видахъ сокрытія слѣдовъ преступленія, поджигаетъ. Нѣкоторые усматриваютъ въ подобныхъ случаяхъ особую модификацію умысла —dolus generalis, на самомъже дѣлѣ,говоритъ авторъ,мы имѣемъ здѣсь совокупность нѣсколькихъ преступленій (убійство, грабежъ, поджогъ), изъ которыхъ каждое учинено съ dolus determinatus. Иные криминалисты отграничиваютъ отъ dolus determinatus—dolus alternativus, разумѣя подъ этимъ тотъ случай, когда лицо умышляетъ два опредѣленныхъ преступленія такимъ образомъ, что желаетъ того или другаго изъ нихъ, но направляетъ свое дѣйствіе такъ, что и то, и другое могутъ наступить съ равными шансами. Подобный случай слѣдовало бы однако отнести къ dolus determinatus, ибо намѣреніе дѣятеля является здѣсь вполнѣ опредѣленнымъ и прямо направленнымъ на каждое изъ этихъ правонарушеній, но только имѣетъ въ виду не совмѣстное, а альтернативное ихъ воспроизведеніе. Diejenige (Verletzung), welche eintritt, war von ihm (dem Thäter) bestimmt und direct so gut beabsichtigt, wie die, welche eintrat; nur wollte er nicht beide. Къ dolus determinatus относится и тотъ случай, когда лицо рѣшилось предпринять извѣстное преступное дѣйствіе на случай присоединенія другихъ, ему пока неизвѣстныхъ, условіи (bedingter dolus), напр. дѣвушка, думая, что она могла забеременѣть, принимаетъ абортивное средство, съ цѣлью произвести выкидышъ, въ томъ случаѣ, если бы ей пришлось зачать ребенка. 2) воля дѣятеля можетъ представляться въ извѣстномъ направленіи неопредѣленною, такъ наз. dolus indeterminatus въ широкомъ смыслѣ. Здѣсь нужно различать два случая: а) dolus

можетъ быть неопредѣленнымъ по своему протяженію, относительно границъ умышленнаго дѣятелемъ нарушенія (dolus indeterminatus въ узкомъ и собственномъ смыслѣ). Таковъ случай, когда воля дѣятеля направлена на одно какое либо нарушеніе, но при этомъ онъ сознаетъ, что нарушеніе можетъ воспослѣдовать въ различномъ объёмѣ и (въ моментъ рѣшимости совершить дѣяніе) для него совер шенно безразлично, въ какомъ объемѣ оно произойдетъ, хотя бы оно должно было возымѣть самыя дурныя послѣдствія. Все то, что произошло въ предѣлахъ этого объема, было дѣйствительно желаемо дѣятелемъ (wirklich von ihm gewollt gewesen), такъ какъ онъ вложилъ въ свою волю даже наиболѣе тяжкое послѣдствіе (auch die schlimmste Ausdehnung in seinen Willen aufgenommen hatte). Такъ напр. А, желая отомстить своему врагу Б, наноситъ ему тяжелой палкой сильный ударъ по головѣ, причемъ ему совершенно безразлично, что изъ этого произойдетъ, и Б отъ этого удара умираетъ: здѣсь ударъ былъ нанесенъ съ dolus determinatus, а убійство совершено съ dolus indeterminatus; нѣкоторые называютъ этотъ dolus indeterminatus въ узкомъ смыслѣ—dolus generalis или indirectus. б) Возможно, что дѣятель желалъ только эвентуально того нарушенія, которое произошло, причемъ или онъ прежде всего (zunächst) хотѣлъ не совершать никакого нарушенія, или же умыселъ его былъ прежде всего направленъ на совершенно иное нарушеніе. Сюда относится тотъ случай, когда дѣятель причинилъ своимъ дѣйствіемъ такое нарушеніе, котораго онъ прежде всего не хотѣлъ и даже желалъ избѣгнуть, но вмѣстѣ съ тѣмъ предвидѣлъ, что оно, чрезъ его дѣйствіе, можетъ произойти и напередъ одобрилъ его наступленіе на тотъ случай, еслибы безъ этого нельзя было обойтись (wenn es sich nicht anders fügen würde). Такимъ образомъ здѣсь дѣятель желаетъ нарушенія, по крайней мѣрѣ на тотъ случай, если бы оно произошло, и, разъ оно произошло, надлежитъ признать, что дѣятель воспроизвелъ его dolo eventuali. Напр. А желаетъ сдѣлать выстрѣлъ по дичи; при этомъ онъ видитъ, что легко можетъ попасть въ загонщика, стоящаго вблизи; онъ старается этого избѣгнуть, но въ то же время для него безразлично и ранить этого человѣка, въ случаѣ, если бы такъ вышло; онъ стрѣляетъ, зарядъ попадаетъ въ загонщика; нанесеніе раны сдѣлано съ dolus eventualis. Или: А раскладываетъ ночью огонь въ домѣ, желая его сжечь въ видахъ полученія страховой преміи. Онъ знаетъ однако, что въ домѣ спятъ люди; его воля вовсе не направлена прямо на ихъ убійство, но въ случаѣ

еслибы это оказалось неизбѣжнымъ онъ ничего не имѣетъ и противъ гибели этихъ людей; затѣмъ человѣкъ дѣйствительно погибъ въ огнѣ. Здѣсь мы имѣемъ поджогъ, совершенный dolo determinato, и убійство, совершенное dolo eventuali. Нѣкоторые криминалисты отрицаютъ допустимость неопредѣленнаго умысла съ вышеуказанными его подраздѣленіями, утверждая, что неопредѣленное намѣреніе есть нѣчто невозможное. Но они упускаютъ изъ виду, что съ опредѣленнымъ намѣреніемъ легко совмѣстима такая воля, которая не находилась въ прямомъ и ближайшемъ отношеніи къ непосредственно наступившему послѣдствію, причемъ однако дѣятель не исключилъ это послѣдствіе изъ сферы своего хотѣнія на тотъ случай, что оно всетаки же могло наступить. Большинство законодательствъ, въ числѣ ихъ и дѣйствующее германское уложеніе, не содержатъ никакого указанія касательно этого различія въ понятіи умысла; такой пробѣлъ долженъ быть восполненъ, такъ какъ упомянутое различіе представляется практически важнымъ, частію въ видахъ болѣе рѣзкаго проведенія границъ между dolus и culpa, частію же для ученія о покушеніи, а наконецъ и для тѣхъ случаевъ, когда опредѣленіе мѣры наказанія предоставлено усмотрѣнію судьи, ибо, по общему правилу, послѣдній долженъ назначать, при неопредѣленномъ умыслѣ, нѣсколько меньшее наказаніе, нежели при опредѣленномъ. Необходимо имѣть въ виду, что коль скоро законъ, при извѣстномъ преступленіи, требуетъ, чтобы намѣреніе было непремѣнно направлено на опредѣленное послѣдствіе (напр. § 225 герм. улож.), то дѣяніе можетъ быть учинено только dolo determinato; въ этомъ случаѣ необходимо, чтобы намѣреніе (die Tendenz) дѣятеля устремлялось именно на эту цѣль (er sich jenes Ziel zum Zweck setzte) и простое эвентуальное одобреніе имъ возможнаго послѣдствія представляется нетогда уже доста точнымъ.

Старые криминалисты признавали, кромѣ перечисленныхъ видовъ преступнаго умысла, еще dolus indirectus, разумѣя подъ нимъ: 1) случай неопредѣленнаго умысла (dolus indeterminatus, а вмѣстѣ съ тѣмъ и dolus eventualis,—что, въ существѣ, не заключало въ себѣ чего-либо неправильнаго и 2) случай такъ называемой culpa dolo determinata, что было грубой ошибкой, приводившей къ большой несправедливости, такъ какъ преступленіе, въ дѣйствительности только кульпозное наказывалось, какъ умышленное. Къ dolus indirectus относили главнымъ образомъ тотъ случай, когда дѣятель

умышленно совершаетъ преступное дѣяніе, изъ котораго возникаетъ болѣе тяжкое нарушеніе, причемъ дѣятель, хотя и не желалъ такого результата, но при надлежащей осмотрительности могъ, а слѣдовательно, и долженъ былъ знать, что это нарушеніе по естественному ходу вещей могло произойти изъ его дѣянія, являлось его обыкновеннымъ слѣдствіемъ; въ подобномъ случаѣ тягчайшее правонарушеніе признавалось учиненнымъ dolo indirecto. Такъ напр. убійство считалось учиненнымъ dolo indirecto, если дѣятель, хотя и не желалъ убить, а только ранить, однако легко могъ предвидѣть смерть, происшедшую отъ пораненія, какъ послѣдствіе своего дѣйствія. Но ясно, замѣчаетъ Wächter, что здѣсь смѣшиваются dolus и culpa, ибо если дѣятель, при нанесеніи раны, вовсе не имѣлъ намѣренія совершить убійство и даже не дѣйствовалъ съ неопредѣленнымъ умысломъ причинить вредъ, т. е. не относился безразлично къ возможности наступленія и тягчайшаго послѣдствія, если, слѣдовательно, смерть раненаго произошла противъ воли дѣятеля, то она никогда не можетъ быть вмѣнена ему за dolus, хотя бы дѣятель поступилъ въ данномъ случаѣ съ непростительнымъ легкомысліемъ.

II.

Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, стр. 242 и слѣд.

Умыселъ, говоритъ Geib, есть воля, направленная на совершеніе или опущеніе какого либо дѣйствія, о которомъ дѣятель имѣетъ (ясное или неясное, развитое или неразвитое) сознаніе, что оно произведетъ или по крайней мѣрѣ можетъ произвести преступное послѣдствіе, такъ что здѣсь вмѣстѣ съ желаемымъ дѣйствіемъ и само произведенное послѣдствіе представляется, какъ желаемое, или по крайней мѣрѣ *не какъ нежелаемое.* По вопросу о томъ, представляется ли вообще цѣлесообразнымъ вносить въ кодексъ опредѣленіе понятій умысла и неосторожности, въ наукѣ существуютъ различныя мнѣнія. Такъ этотъ вопросъ разрѣшается утвердительно Бауэромъ, Гесслеромъ;—отрицательно: Миттермайеромъ, Геппомъ, Гуфнагелемъ, Китеою, Бернеромъ, Бирнбаумомъ. Изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ кодексовъ содержатъ опредѣленіе умысла: 1 австрійскій, § 1 котораго гласитъ:

„Для состава преступленія требуется злой умыселъ (böser Vorsatz, dolus). Злоумышленная виновность существуетъ не только тогда, если вредъ, соединенный съ преступленіемъ, былъ прямо задуманъ и преднамѣренъ до или во время совершенія или бездѣйствованія, но и тогда, если было совершено или опущено нѣчто такое, слѣдствіемъ чего обыкновенно является или же легко можетъ явиться тотъ вредъ, который въ дѣйствительности произошелъ"; 2) баварское уложеніе, art. 39: „Преступленіе совершается съ противозаконнымъ умысломъ (mit rechtswidrigem Vorsatze), если лицо умыслило учиненіе (Hervorbringung) вытекшаго изъ его дѣйствія преступленія въ качествѣ цѣли и намѣренія этого своего дѣйствія и при этомъ обладало сознаніемъ преступности и наказуемости такой рѣшимости (dieses Entschlusses"); 3) ганноверскій кодексъ, art. 41. „Противозаконный умыселъ есть рѣшимость на учиненіе противнаго закону уголовному дѣянія съ сознаніемъ, что таковое воспрещено (unerlaubt sei);" 4) брауншвейгскій кодексъ, § 27. „Тотъ, кто съ намѣреніемъ опредѣляется (sich bestimmt) къ дѣйствію или опущенію, коими нарушается уголовный законъ, подлежитъ наказанію какъ умышленный преступникъ. Такое же опредѣленіе умысла даетъ art. 29 тюрингенскаго кодекса. Гессенъ-Дармштадтскій кодексъ, art. 58: „Всякое противное (zuwiderlaufende) уголовнымъ законамъ дѣяніе, къ коему дѣятель опредѣлился намѣренно (sich absichtlich bestimmt hat), и всякое наказуемое послѣдствіе таковаго, на которое его намѣреніе было направлено, должно быть вмѣнено ему въ умыселъ". То же гласитъ § 97 баденскаго кодекса.

Geib принимаетъ слѣдующіе виды преступнаго умысла (dolus): а) аффективный и заранѣе обдуманный умыселъ (dolus repentinus s. impetus и dolus praemeditatus s. propositum). При умыслѣ заранѣе обдуманномъ воля, направленная на совершеніе или опущеніе даннаго дѣйствія, крѣпнетъ спокойно и обдуманно (mit Ruhe und Ueberlegung), при аффективномъ умыслѣ—съ порывистостью и страстностью (mit Uebereilung und Leidenschaftlichkeit). Наказуемость аффективнаго умысла должна быть болѣе слабою по сравненію съ умысломъ заранѣе обдуманнымъ; b) опредѣленный и неопредѣленный умыселъ (dolus determinatus s. specialis, dolus indeterminatus s. generalis). При опредѣленномъ умыслѣ преступникъ обладаетъ яснымъ сознаніемъ того, что его дѣйствіе произведетъ именно то послѣдствіе, которое оно затѣмъ и произ-

вело въ дѣйствительности; при неопредѣленномъ умыслѣ представленія преступника настолько неясны и недоразвиты (unentwickelt), что ими въ одно и то-же время обхватываются не только то послѣдствіе, которое произведено его дѣйствіемъ, но сверхъ того и различныя другія послѣдствія (въ дѣйствительности невоспроизведенныя), при чемъ дѣятель не былъ въ состояніи вполнѣ отчетливо спеціализировать въ своемъ представленіи то или другое изъ возможныхъ послѣдствій своего дѣянія. Иначе говоря, при опредѣленномъ умыслѣ лицо приступаетъ къ дѣйствію только тогда, когда весь мыслительный процессъ, относившійся къ наступившему послѣдствіе, уже закончился и окрѣпъ; при неопредѣленномъ же умыслѣ преступникъ дѣйствуетъ въ то время, когда процессъ этотъ является еще неустойчивымъ, броженіе преступной мысли еще не кончилось и конечный результатъ является родившимся преждевременно; этого рода умыселъ естественно можетъ имѣть мѣсто только при аффективномъ, а не заранѣе обдуманномъ умыслѣ на преступленіе. „Рѣшимость относительно какого либо важнаго предмета, говоритъ Савиньи, рѣдко созрѣваетъ сразу; обыкновенно ей предшествуетъ состояніе нерѣшительности, переходныя ступени котораго постепенны и незамѣтны, и разграниченіе ихъ отъ окончательно опредѣлившагося желанія (von dem vollendeten Wollen) можетъ представляться столь же труднымъ, какъ и необходимымъ для судьи, постановляющаго приговоръ". Неопредѣленный умыселъ по наказуемости долженъ стоять вообще ниже умысла опредѣленнаго. c) альтернативный умыселъ (dolus alternativus или eventualis). Въ отличіе отъ dolus indeterminatus, преступникъ здѣсь обладаетъ вполнѣ яснымъ и развитымъ сознаніемъ относительно объема своего дѣйствія, но это сознаніе не ограничивается здѣсь, какъ при dolus determinatus, наступленіемъ единичнаго послѣдствія, а обнимаетъ одновременно два или болѣе послѣдствія, не въ томъ однако смыслѣ, что дѣятель предвидитъ совмѣстное наступленіе этихъ нѣсколькихъ послѣдствій и что, слѣдовательно, эти послѣдствія имъ желаются въ ихъ совокупности (neben einander gewollt werden), а только въ томъ смыслѣ, что онъ ожидаетъ наступленія того или другаго послѣдствія и сообразно этому желаетъ только того или другаго, причемъ вмѣстѣ съ дѣйствительнымъ наступленіемъ такого послѣдствія воля преступника является осуществленною и вполнѣ исчерпанною совершенно такъ же какъ при dolus determinatus—съ наступленіемъ исключительно предвидимаго и исклю-

чительно желаемаго послѣдствія. Альтернативный умыселъ долженъ влечь наказаніе болѣе строгое, чѣмъ опредѣленный умыселъ, или же болѣе слабое, смотря по тому, будетъ ли наступившее въ дѣйствительности послѣдствіе, при сравненіи его съ прочими, содержащимися въ сознаніи дѣятеля послѣдствіями, болѣе легкимъ или болѣе тяжкимъ преступленіемъ. d) dolus eventualis. Въ отличіе отъ dolus indeterminatus преступникъ обладаетъ яснымъ представленіемъ о томъ, что предпринятое имъ дѣйствіе способно воспроизвести такое послѣдствіе, которое отчетливо представляется сознанію дѣятеля въ своихъ индивидуальныхъ очертаніяхъ, но вмѣсто того, чтобы дѣйствовать прямо въ направленіи этого послѣдствія, онъ поступаетъ въ обратномъ смыслѣ, дѣйствуя вообще такъ, что онъ прямо не желаетъ произвести данное послѣдствіе, но на тотъ случай, если бы таковое должно было въ дѣйствительности произойти, заранѣе выражаетъ на то свое согласіе и одобреніе (чѣмъ этотъ видъ dolus и отличается отъ сознательной неосторожности). Кромѣ этихъ видовъ умысла старые криминалисты допускали существованіе непрямаго умысла (dolus indirectus), противополагая его понятію прямаго умысла (dolus directus). Воззрѣніе это выводило различіе между обоими послѣдними видами умысла изъ самой природы вещей, полагая, что dolus indirectus обнимаетъ собою частію случаи dolus indeterminatus и dolus eventualis, частію же случаи такъ называемой culpa dolo determinata (см. ниже). Господствующее въ доктринѣ воззрѣніе признаетъ, что въ понятіи dolus indirectus скучены самые разнородные случаи и самое наименованіе заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе.

III.

Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht, изд. 1881 г. стр. 108 и слѣд.

По опредѣленію автора, умыселъ есть воля, какъ причина дѣйствія, сопутствуемая представленіемъ о тѣхъ измѣненіяхъ, которыя дѣйствіе должно вызвать во внѣшнемъ мірѣ по закону причинности. Этимъ отличается умыселъ отъ желанія (Wunsch), которое также заключается въ представленіи о будущихъ измѣненіяхъ, но при этомъ отсутствуетъ представленіе о причинной связи дѣйствія, предпринимаемаго въ настоящемъ, съ желаемыми въ будущемъ измѣненіями.

Для понятія умысла достаточна наличность у дѣятеля представленія о томъ, что дѣйствіе должно явиться причиною извѣстныхъ послѣдствій, причемъ нѣтъ надобности, чтобы это представленіе было непосредственнымъ двигательнымъ мотивомъ, чтобы дѣйствіе было предпринято лицомъ именно ради этихъ измѣненій во внѣшней средѣ. Достаточно далѣе, чтобы лицо сознавало только ближайшія, непосредственныя послѣдствія своего дѣйствія; затѣмъ, по общему правилу, нѣтъ надобности, чтобы дѣятель представлялъ себѣ и отдаленныя посредственныя послѣдствія. Представленіе объ этихъ отдаленныхъ послѣдствіяхъ есть посредственный умыселъ (mittelbarer Vorsatz), слѣдовательно не является непремѣнно побудительнымъ мотивомъ. Тамъ, гдѣ законодатель вноситъ такой мотивъ, въ качествѣ законнаго признака, въ составъ отдѣльныхъ преступленій (напр. намѣреніе присвоенія при кражѣ, намѣреніе доставить себѣ или третьему лицу имущественную выгоду—при обманѣ и т. д.), или дѣлаетъ изъ него обстоятельство, отягчающее наказаніе, онъ входитъ въ понятіе умысла, т. е. въ этомъ случаѣ дѣятель долженъ имѣть представленіе и объ отдаленныхъ послѣдствіяхъ своего дѣйствія, а съ другой стороны наличность такого представленія вполнѣ достаточна для вмѣненія результата за dolus. Представленіе о тѣхъ измѣненіяхъ, которыя имѣютъ быть причинены дѣйствіемъ лица, и происшедшія въ дѣйствительности измѣненія должны во всѣхъ существенныхъ пунктахъ согласоваться между собою; заблужденіе, касающееся одного изъ такихъ пунктовъ, исключаетъ умыселъ. Представленіе дѣятеля должно быть опредѣленнымъ, по отношенію къ объекту преступленія и средствамъ его совершенія, оно должно специализироваться, сосредоточиваясь на опредѣленномъ юридическомъ благѣ (его носителѣ), на томъ тѣлесномъ движеніи, которое необходимо произвести и на причинной зависимости предположеннаго послѣдствія отъ этого движенія дѣятеля. Лицо должно знать, желаетъ ли оно убить, украсть или поджечь, прежде чѣмъ можетъ идти рѣчь объ умыслѣ; оно должно знать, кого оно хочетъ убить и какимъ способомъ. Специализація представленія можетъ достигать большей или меньшей точности; минимальная граница специализаціи, которой должно достигнуть представленіе, не поддается опредѣленію на основаніи какихъ-либо правилъ. Эти возможныя въ специализаціи представленія различія послужили основаніемъ къ

установленію различныхъ видовъ умысла для тѣхъ случаевъ, когда рѣчь идетъ о достаточномъ, но не вполнѣ точномъ представленіи о послѣдствіяхъ дѣйствія. Такъ dolus generalis признавался въ томъ случаѣ, когда въ представленіи дѣятеля содержались многія послѣдствія, dolus alternativus, когда два послѣдствія уравнивались въ представленіи дѣятелю, dolus eventualis, когда на первомъ планѣ имѣлось въ виду одно послѣдствіе, а на второмъ— другое; всѣмъ этимъ видамъ умысла противополагался вполнѣ точно специализировавшійся dolus determinatus. При правильномъ конструированіи понятія умысла, всѣ эти подраздѣленія его на виды представляются лишенными значенія или даже опасными. Умыселъ обхватываетъ всякое изъ послѣдствій, входящихъ въ содержаніе представленія дѣятеля, поэтому наиболѣе тяжкое изъ нихъ, все равно наступило оно или нѣтъ, имѣетъ рѣшающее значеніе для уголовно-юридической оцѣнки дѣйствій виновнаго. Что касается тѣхъ пунктовъ въ спеціализированномъ представленіи, которые представляются настолько важными, что несоотвѣтствіе послѣдствія съ представленіемъ дѣятеля исключаетъ вмѣненіе за dolus, то таковыми являются: 1) обстоятельства, принадлежащія къ законному составу даннаго преступнаго дѣянія (а не общіе всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ признаки) или возвышающія его наказуемость. Такъ напр. нѣтъ умышленной кражи, если лицо не знало, что вещь чужая; 2) извѣстное обстоятельство можетъ сдѣлаться существеннымъ вслѣдствіе того, что, за устраненіемъ изъ содержанія представленія дѣятеля всѣхъ прочихъ корреспондирующихъ обстоятельствъ, оно вполнѣ опредѣлилось въ спеціализировавшемся такимъ образомъ представленіи. Если поэтому результатъ дѣйствія осуществился надъ объектомъ, находящимся совершенно внѣ представленія дѣятеля, или инымъ путемъ (Causalzusammenhang), нежели представлялъ себѣ дѣятель, или, наконецъ, надъ предположеннымъ объектомъ осуществилось такое послѣдствіе, котораго лицо вовсе не имѣло въ виду, то въ этихъ случаяхъ послѣдствіе не можетъ быть вмѣнено дѣятелю въ вину за dolus. Изъ этого далѣе слѣдуетъ, что возможность несоотвѣтствія въ существенныхъ пунктахъ между представленіемъ и послѣдствіемъ находится въ прямомъ соотношеніи съ большею спеціализаціею представленія. По мнѣнію автора, господствующее въ доктринѣ воззрѣніе совершенно неправильно проводитъ различіе между т. наз. aberratio ictus и т. наз. error in objecto или persona,

безусловно исключая вмѣненіе результата за dolus въ первомъ и, наоборотъ, всегда допуская его во второмъ изъ этихъ случаевъ, такъ какъ дѣло нисколько не измѣняется отъ того, что при aberratio наступленіе результата надъ инымъ объектомъ зависитъ отъ внѣшнихъ условій, а при error in persona—отъ ошибки дѣятеля касательно тождества объектовъ.

Старыя дѣленія умысла на виды имѣютъ въ настоящее время лишь историкодогматическій интересъ. Dolus indirectus (culpa dolo determinata по Фейербаху) не есть умыселъ, ибо возможность предвидѣнія не можетъ и въ томъ случаѣ сдѣлать не содержавшееся въ представленіи дѣятеля послѣдствіе содержащимся въ немъ, если наступленіе этого послѣдствія было обусловлено наказуемымъ дѣяніемъ; dolus subsequens противорѣчитъ тому основному положенію, что вина, явится ли она въ формѣ умысла или неосторожности, должна существовать въ моментъ дѣйствія. Напротивъ того подраздѣленіе умысла на обдуманный и необдуманный не только вполнѣ правильно психологически, но не лишено значенія и съ точки зрѣнія уголовно юридической. Такъ противоположеніе понятій Mord и Todtschlag въ германскомъ уложеніи построено на этомъ различіи и тѣмъ самымъ значеніе этого различія, по крайней мѣрѣ для опредѣленія размѣра наказанія, признано закономъ. Обдуманный умыселъ, dolus praemeditatus, существуетъ въ томъ случаѣ, когда всплывшее на поверхность сознанія представленіе о причинности пред положеннаго дѣйствія не непосредственно перешло въ дѣйствіе, такъ что и контрастирующія представленія могли подвергнуться оцѣнкѣ дѣятеля; необдуманный или аффективный умыселъ, dolus repentinus, является тогда, если этого не было, а всплывающее на поверхность сознанія представленіе, обгоняя всѣ контрастирующія представленія, немедленно переходитъ въ дѣло.

IV.

Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht, изд. 1862 г.

Преступный характеръ сообщается дѣйствію тѣмъ намѣреніемъ, съ которымъ оно учинено. Die Absicht ist es, welche das Unterscheidungsmerkmal bildet zwischen strafloser, ja vielleicht löblicher, und zwischen verbrecherischer Handlungsweise. Съ другой стороны наличность одного преступнаго намѣренія не обусловливаетъ еще нака-

зуемости лица, по правилу: cogitationis poenam nemo patitur. Для этого необходимо, чтобы намѣреніе было осуществлено (отчасти или вполнѣ); для осуществленія его посредствомъ дѣйствія лицо должно рѣшиться (beschliessen oder sich vorsetzen) предпринять какія-либо измѣненія во внѣшней средѣ, которыя бы перевели намѣреніе въ область дѣйствительности. Что же касается мотива, той конечной или побочной цѣли, ради которой умышленно воспроизводится наказуемое зло, то, по общему правилу, онъ является безразличнымъ для понятія преступленія, имѣя значеніе лишь въ вопросѣ о наказуемости преступника. Доктрина долгое время пыталась построить различіе въ юридической оцѣнкѣ дѣйствій лица на томъ обстоятельствѣ, смотрѣло ли это лицо на возникшее изъ его дѣйствій послѣдствіе какъ на необходимое, или какъ на вѣроятное, или же только какъ на возможное. На самомъ же дѣлѣ вопросъ о томъ, было ли послѣдствіе дѣянія необходимымъ, вѣроятнымъ или невѣроятнымъ, имѣетъ огромное значеніе только для доказательства бытія злаго умысла, отрицаемаго виновнымъ, вмѣненіе же за dolus зависитъ исключительно отъ разрѣшенія вопроса: желалъ ли дѣятель того, что совершилось, и съ какою интенсивностью (какъ глубоко простиралось единеніе его „я" и этого желанія). Если дѣятель считалъ наступленіе послѣдствія невѣроятнымъ, но тѣмъ не менѣе дѣйствовалъ въ надеждѣ, что это невѣроятное могло все таки въ данномъ случаѣ произойти, то нѣтъ, очевидно, основанія наказывать его легче, какъ скоро желаемое послѣдствіе дѣйствительно наступило; наконецъ, о безусловной неизбѣжности послѣдствія можетъ быть рѣчь только въ крайне рѣдкихъ случаяхъ. Неужели, спрашиваетъ авторъ, тотъ, кто, стрѣляя въ другаго, сознаетъ, что можетъ дать промахъ, долженъ подлежать меньшему наказанію, нежели тотъ, кто такъ твердо увѣренъ въ своемъ искусствѣ, что ему даже не приходитъ въ голову мысль о возможности промаха. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ опредѣленнымъ умысломъ (dolus determinatus). Различіе между dolus determinatus и eventualis заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ дѣятель имѣетъ въ виду исключительно одно только послѣдствіе, преслѣдуетъ одну только цѣль; во второмъ, напротивъ того, дѣятель предвидитъ нѣсколько послѣдствій, которыя, по его мнѣнію, могутъ произойти изъ дѣйствія, и вмѣстѣ съ тѣмъ желаетъ, чтобы наступило либо то,

либо другое, а слѣдовательно эвентуально допускаетъ всѣ послѣдствія, такъ какъ всѣ они въ извѣстной мѣрѣ могутъ служить предположенной цѣли. Такимъ образомъ, тотъ, единственнымъ намѣреніемъ дѣйствій котораго является совершеніе убійства—дѣйствуетъ съ dolus determinatus. Кто напротивъ того желаетъ: или ранить другаго, или, смотря по ходу событій (eventuell), и убить, и слѣдовательно мысленно допускаетъ, что какъ то, такъ и другое изъ обоихъ послѣдствій можетъ наступить,—дѣйствуетъ съ dolus eventualis. При dolus eventualis можетъ случиться, что изъ многихъ желаемыхъ послѣдствій только одно наказуемо, какъ напр. кто либо, находясь въ сомнѣніи, лежитъ ли передъ нимъ трупъ или человѣкъ въ обморочномъ состояніи, дѣйствуетъ намѣренно такимъ образомъ, чтобы въ случаѣ справедливости втораго предположенія обусловить наступленіе смерти. Какъ подвидъ dolus eventualis можно разсматривать dolus alternativus, который имѣетъ мѣсто тогда, если одинаково желаются два или болѣе послѣдствія, причемъ не оказывается одному предпочтенія передъ другимъ. Необходимо однако замѣтить, что если нѣсколько наказуемыхъ послѣдствій могутъ произойти одновременно и при этомъ дѣятель желаетъ ихъ совмѣстнаго наступленія, то мы имѣемъ стеченіе нѣсколькихъ doli determinati (какъ напр. когда совершеніемъ поджога желаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ лишить жизни человѣка). По общему правилу, при dolus eventualis намѣреніе дѣятеля направляется на меньшее послѣдствіе предпочтительно передъ другими послѣдствіями, но при умышленныхъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ предполагается, что дѣятель разсчитывалъ на возможность убійства, такъ какъ vulnera non dantur ad mensuram. Безъ сомнѣнія однако и здѣсь должна быть проведена строгая граница между умысломъ и неосторожностью. Тотъ, кто только предвидитъ возможное наступленіе болѣе тяжкаго послѣдствія, хотя бы и съ значительною вѣроятностію, однако не желаетъ таковаго, дѣйствуетъ все еще неосторожно (съ такъ называемою самонадѣянностью, luxuria) и намѣреніе его (Gesinnung) только тогда превращается въ dolus eventualis, если онъ дѣйствительно соизволяетъ также и на возможное наступленіе болѣе тяжкаго послѣдствія, если онъ говоритъ себѣ: я прежде всего хочу только нанести рану, но если ударъ попадетъ такъ несчастливо, что повлечетъ за собою смерть, то я также буду доволенъ. Напротивъ того, если онъ въ дѣйствительности не желаетъ ничего больше,

какъ только нанести рану и хотя предвидитъ, что и лишеніе жизни легко можетъ быть послѣдствіемъ его дѣйствія, но прямо разсчитываетъ на ненаступленіе этого послѣдствія, такъ какъ это именно соотвѣтствуетъ его желанію, тогда убійство должно быть вмѣнено дѣятелю въ вину не какъ умышленное(dolus indirectus), а какъ совершенное по сознательной неосторожности (bewusste culpa).Весьма понятно, замѣчаетъ авторъ, что умыселъ опредѣленный требуетъ высшаго наказанія, чѣмъ умыселъ эвентуальный, такъ какъ первый предполагаетъ бо̀льшую энергію воли. Понятіе dolus eventualis имѣетъ весьма важное значеніе и для ученія о покушеніи. Тому, кто желалъ нанести рану и эвентуально убить, если имѣло мѣсто только пораненіе, вмѣняется тѣмъ не менѣе въ вину и покушеніе на убійство. Тотъ, кто стрѣляетъ съ прямымъ намѣреніемъ только ранить вора и тѣмъ помѣшать его бѣгству, эвентуально соизволяетъ и на лишеніе его жизни, такъ какъ онъ хочетъ поймать вора во что бы то ни стало, а слѣдовательно совершаетъ покушеніе на умышленное убійство даже въ томъ случаѣ, если бы не произвелъ выстрѣломъ никакого пораненія. Но наказаніе за такое покушеніе, въ виду крайней слабости преступной энергіи, должно быть налагаемо въ самомъ низшемъ размѣрѣ, и судьѣ должно быть предоставлено право чрезвычайнаго смягченія слѣдующаго по закону наказанія. Что касается такъ называемаго dolus repentinus, который противополагается dolus praemeditatus (въ римскомъ правѣ impetus и propositum), то различіе между этими двумя видами умысла (ставящее высшую или низшую наказуемость дѣятеля въ зависимость отъ того, дѣйствовалъ ли онъ съ заранѣе обдуманнымъ намѣреніемъ или вслѣдствіе внезапно родившейся рѣшимости) сводится къ различію дѣйствій, совершаемыхъ въ состояніи аффекта и безъ аффекта. То обстоятельство, долгое или короткое время носилъ въ себѣ дѣятель умыселъ на совершеніе преступленія, не можетъ служить разграничивающимъ признакомъ между dolus repentinus и dolus praemeditatus, такъ какъ послѣдній слѣдуетъ признать и въ томъ случаѣ, если мысль о совершеніи преступленія и спокойное хладнокровное его выполненіе слѣдовали одно за другимъ непосредственно, и обратно: преступленіе можетъ быть задумано задолго до его совершенія и всетаки наказаніе должно быть опредѣлено болѣе мягкое, если импульсомъ къ его выполненію послужилъ аффектъ. Такъ, хотя бы мать, задолго до рожденія, рѣшилась умертвить своего будущаго ребенка, но если это преступле-

ніе выполнено ею при самомъ его рожденіи, т. е. въ возбужденномъ состояніи, она подлежитъ болѣе слабому наказанію. Было бы поэтому правильнѣе, замѣчаетъ авторъ, оставить вовсе выраженіе „dolus repentinus“, какъ дающее поводъ къ недоразумѣніямъ, и говорить только объ impetus, объ аффектѣ, какъ уменьшающемъ вину обстоятельствѣ. Изъ римскаго animus nocendi доктрина пятидесятыхъ годовъ образовала особый видъ *вполнѣ неопредѣленнаго, общаго умысла* dolus generalis. Но такое общее направленіе воли, такая слѣпая рѣшимость, при которой дѣятелю рѣшительно все равно, произойдетъ ли отъ его удара только синякъ или смерть, можно допустить лишь въ состояніи аффекта, слѣдовательно подобные случаи подойдутъ подъ предъидущую рубрику. Со времени Вебера криминалисты стали подводить подъ понятіе dolus generalis тѣ случаи, когда умышленное дѣятелемъ преступленіе явилось результатомъ совокупности нѣсколькихъ его дѣйствій, изъ коихъ не всѣ были прямо разсчитаны на воспроизведеніе преступнаго послѣдствія (die nicht geradezu insgesammt oder in der sich wirklich geoffenbarten Weise für den verbrecherischen Erfolg gewählt oder berechnet waren). Напр. мать, въ намѣреніи задушить своего ребенка, сдавливаетъ ему шею; затѣмъ въ полной увѣренности что онъ уже умеръ, зарываетъ его въ землю, въ видахъ сокрытія слѣдовъ преступленія; на самомъ же дѣлѣ смерть ребенка произошла только отъ послѣдняго дѣйствія виновной. Защитники dolus generalis видятъ въ этомъ случаѣ оконченное убійство, такъ какъ общій умыселъ объединяетъ всѣ отдѣльныя дѣйствія виновной. Въ пользу признанія этого вида умысла указываютъ главнымъ образомъ на то, что естественное чувство справедливости возстаетъ противъ разграниченія въ подобныхъ случаяхъ дѣйствій виновнаго. Разбирая вышеприведенный случай, Geyer высказываетъ слѣдующія соображенія: мать душила ребенка въ намѣреніи его умертвить, но онъ этимъ ея дѣйствіемъ не былъ убитъ, а потому послѣднее является лишь покушеніемъ на дѣтоубійство. Далѣе: считая его убитымъ, она зарываетъ мнимый трупъ; кто дѣйствуетъ въ намѣреніи закопать въ землю трупъ, тотъ не можетъ имѣть въ тоже самое же время намѣренія лишить человѣка жизни этимъ способомъ. Такимъ образомъ мы имѣемъ передъ собою: стеченіе покушенія на убійство и неосторожнаго умерщвленія. Иное дѣло, если бы въ данномъ случаѣ былъ доказанъ dolus eventualis. Если мать, закапывая ребенка, предполагала, что

по всей вѣроятности передъ нею лежитъ его трупъ, но рѣшилась закопать его на тотъ случай, что онъ еще можетъ, пожалуй, остаться въ живыхъ, т. е. эвентуально вознамѣрилась убить его,—тогда мы имѣемъ оконченное убійство; но нельзя признавать убійцею того, кто остается въ увѣренности, что зарываетъ трупъ, принимая безсознательное состояніе за смерть, хотя бы такое состояніе и было имъ самимъ вызвано, ибо презумпція умысла, объединяющаго отдѣльныя дѣйствія лица въ одно длящееся дѣйствіе, вообще не можетъ быть допущена.

Въ противоположность понятію общаго умысла, dolus subsequens обозначаетъ такое преступное направленіе воли, которое явилось уже послѣ совершенія дѣйствія и только тогда сообщило ему характеръ преступнаго. Позднѣйшая доктрина, отбросивъ это названіе, сохранила однако самое понятіе этого вида умысла. Такъ Глазеръ въ ученіи о преступномъ бездѣйствіи считаетъ виновникомъ преступнаго послѣдствія того, кто, вызвавъ своею положительною дѣятельностію это послѣдствіе, только послѣ того созналъ причинную связь между нимъ и своими дѣйствіями и тогда уже умышленно или неосторожно не принялъ никакихъ мѣръ къ отвращенію результата своей дѣятельности... Присоединяясь къ тому, что уже совершено, и побуждая дѣйствующаго направить это совершенное на службу вновь возникшимъ цѣлямъ, dolus придаетъ ему преступный характеръ, какъ бы дѣйствуя съ обратной силой (rückwirkend), т. е. приравниваетъ его къ приготовленіямъ, сдѣланнымъ подъ вліяніемъ злаго умысла. „Напр. А безъ всякаго преступнаго намѣренія вырываетъ яму, замѣчаетъ, что его врагъ Б, не подозрѣвая о существованіи ямы, приближается къ ней, но, не предостерегая его о томъ, въ надеждѣ что тотъ паденіемъ въ яму убьется до смерти, остается спокойнымъ зрителемъ гибели Б. По мнѣнію Глазера, А является убійцею Б, но въ такомъ случаѣ, замѣчаетъ Geyer, недостающее причинное соотношеніе между дѣйствіями А и смертью Б восполняется однимъ умысломъ (nuda cogitatio). Далѣе, Глазеръ допускаетъ возможность совершенія кражи съ dolus subsequens. Такимъ образомъ тотъ, кто взялъ себѣ вещь, считая её своею собственностью, но, и убѣдясь позднѣе въ своей ошибкѣ, удерживаетъ её, т. е. не возвращаетъ ее по принадлежности (unterliesse sie zurückzustellen)—совершаетъ кражу. Въ этомъ случаѣ, замѣчаетъ Geyer, кража является совершенною только animo, волевымъ актомъ, безъ внѣшняго дѣйствія, apprehensio.

Понятіе непрямаго умысла (dolus indirectus) заключаетъ въ себѣ слѣдующія предположенія: 1) что преступное намѣреніе было направлено на иное послѣдствіе, а не на то, которое дѣйствительно наступило; 2) что происшедшее зло вытекло изъ дѣйствія, предпринятаго съ преступнымъ умысломъ. Такимъ образомъ нельзя обвинять того, кто, при совершеніи кражи изъ овина, отправился туда съ горящею свѣчею, вслѣдствіе чего произошелъ пожаръ, — въ поджогѣ съ непрямымъ умысломъ, такъ какъ пожаръ возникъ не изъ умышленнаго дѣйствія (кражи); 3) необходимо, чтобы происшедшее зло, въ обыкновенномъ порядкѣ вещей, должно было или легко могло проистекать изъ подобнаго рода дѣйствій; если же оно произошло лишь при совершенно исключительныхъ обстоятельствахъ, рѣдко встрѣчающихся въ дѣйствительности, то не можетъ быть разсматриваемо какъ послѣдствіе дѣйствій лица. Отсюда 4) требуется, чтобы дѣятель могъ предвидѣть возникновеніе происшедшаго зла. Error invincibilis исключаетъ возможность вмѣненія за dolus indirectus.

Авторъ присоединяется къ мнѣнію тѣхъ криминалистовъ, которые отвергаютъ понятіе dolus indirectus, какъ заключающее въ себѣ неразрѣшимое „противорѣчіе съ законами мышленія“, ибо послѣдствіе не можетъ уже быть разсматриваемо какъ желаемое, какъ скоро положительно извѣстно, что дѣятель его не желалъ.

Вообще же, по мнѣнію Geyer'а, самое лучшее, когда уголовный кодексъ вовсе не опредѣляетъ понятія преступнаго умысла, предоставляя сдѣлать это доктринѣ, и ограничивается приблизительно такимъ постановленіемъ: «наказуемыя дѣянія могутъ быть совершаемы или умышленно или по неосторожности; дѣянія неосторожныя тогда только наказуемы если это прямо выражено въ подлежащемъ мѣстѣ особенной части кодекса».

V.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, стр. 276 и слѣд.

Желая и дѣйствуя, человѣкъ реализируетъ содержаніе своего представленія. Послѣдствіе дѣйствія ни въ какомъ однако случаѣ не обусловливается исключительно волею, такъ какъ созданная произвольнымъ движеніемъ дѣятеля причина реагируетъ уже по законамъ реальнаго міра. Наступленіе содержащагося въ представленіи послѣдствія находится, слѣдовательно, въ зависимости отъ

правильнаго ознакомленія (Erkenntniss) дѣятеля съ данными фактическими условіями и способомъ воздѣйствія (Art der Wirksamkeit) силъ, приведенныхъ имъ въ движеніе, равно какъ отъ правильнаго приспособленія этихъ силъ къ достиженію цѣли; отсюда волимое послѣдствіе есть всегда только возможный, ни въ какомъ случаѣ не необходимый результатъ дѣйствія. Насколько въ данномъ случаѣ волимое дѣятелемъ согласуется съ дѣйствительно наступившимъ послѣдствіемъ, такое отношеніе послѣдствія къ волѣ лица обозначается словомъ „умыселъ", иначе говоря: послѣдствіе является умышленно причиненнымъ, если оно, взятое въ цѣломъ своемъ объемѣ и по отношенію къ способу его осуществленія, предварительно заключалось въ волѣ дѣятеля. Слово „умыселъ" имѣетъ въ разговорномъ языкѣ и законодательствѣ еще и другое болѣе узкое значеніе. Воля дѣятеля никогда не направляется *только* на способъ ея конкретнаго проявленія (auf die concrete Art seiner Bethätigung), но на внѣшнюю дѣятельность, какъ средство осуществленія желаемаго послѣдствія; равнымъ образомъ воля стремится къ этому послѣдствію лишь какъ къ такому, которое осуществимо *опредѣленнымъ способомъ дѣйствія*. Отсюда отношеніе воли къ предположенному послѣдствію получаетъ особое обозначеніе словомъ „Absicht", намѣреніе, а отношеніе воли къ конкретной дѣятельности, осуществляющей преднамѣренное послѣдствіе—словомъ „Vorsatz", умыселъ въ тѣсномъ смыслѣ. Изъ такого взаимоотношенія умысла и намѣренія вытекаетъ необходимость ихъ нераздѣльнаго совмѣстнаго существованія. Vorsätzliche Thätigkeit eines zurechnungsfähigen Menschen ist nicht denkbar, wenn sie nicht auf Realisirung eines vorgestellten, beabsichtigten Erfolges bezogen ist, und beabsichtigt ist ein vorgestellter Erfolg erst dann, wenn er zugleich als der durch eine vorsätzliche Thätigkeit zu realisirende vorgestellt wird. Намѣреніе можетъ измѣниться, тогда какъ умыселъ остается тотъ же самый, ибо одна и та же умышленная дѣятельность способна служить различнымъ намѣреніямъ, хотя въ такомъ случаѣ и умыселъ является видоизмѣненнымъ, насколько онъ сознательно направляется на осуществленіе уже измѣнившагося намѣренія. Наоборотъ, намѣреніе можетъ оставаться неизмѣннымъ, тогда какъ умыселъ выражается въ другой формѣ, вслѣдствіе того, что намѣреніе можетъ быть осуществленно посредствомъ различныхъ формъ дѣятельности (durch eine verschieden gestaltete Thätigkeit).

Въ огромномъ большинствѣ случаевъ законъ требуетъ для со-

става преступленія только опредѣленный родъ дѣятельности, тогда какъ вопросъ о томъ, къ достиженію какого преднамѣреннаго послѣдствія дѣятельность была направлена, и о томъ, наступило ли таковое послѣдствіе, является въ глазахъ закона лишеннымъ значенія (irrelevant). Само собою разумѣется однако, что дѣятельность всегда сопровождается какимъ либо послѣдствіемъ и что одно изъ этихъ послѣдствій является и съ точки зрѣнія закона необходимымъ элементомъ состава преступленія, именно то, которое вносится въ понятіе преступленія вмѣстѣ съ болѣе точнымъ опредѣленіемъ рода дѣятельности виновнаго. Напр. учинившій насильственное нападеніе на чиновника при исполненіи имъ служебныхъ обязаностей подлежитъ наказанію совершенно безотносительно къ тому, было ли его намѣреніемъ (Absicht) воспрепятствовать отправленію обязаностей службы, или, пользуясь удобнымъ случаемъ, нанести чиновнику оскорбленіе, или, наконецъ, подвергнуть его истязаніямъ (ihn zu misshandeln), но всетаки законъ требуетъ наличности насилія, въ качествѣ послѣдствія дѣйствія, и притомъ въ качествѣ послѣдствія преднамѣреннаго. Въ цѣломъ рядѣ другихъ случаевъ законъ облагаетъ дѣятельность наказаніемъ подъ тѣмъ условіемъ, что она предпринимается виновнымъ въ намѣреніи осуществить что-либо, и при отсутствіи такого намѣренія дѣятельность является или ненаказуемою, или наказуемою, какъ неосторожное преступленіе. Наконецъ существуетъ рядъ карательныхъ постановленій, въ которыхъ для состава преступленія законъ требуетъ дѣйствительнаго воспроизведенія опредѣленнаго, притомъ *преднамѣреннаго* послѣдствія.

Первымъ необходимымъ условіемъ вмѣненія человѣку факта, въ качествѣ умышленно имъ причиненнаго является такимъ образомъ наличность причиннаго соотношенія между даннымъ фактомъ и волею лица. Не все то однако, что причинено произвольнымъ движеніемъ человѣка можетъ быть приписано ему въ качествѣ волимаго, умышленнаго дѣянія. Граница, до которой такое вмѣненіе содѣяннаго возможно, опредѣляется отношеніемъ знанія къ хотѣнію (Verhältniss des Wissens zum Wollen). Воля, въ томъ ея значеніи, въ которомъ она разсматривается въ области этическаго, есть по самому существу своему сознательная, т. е. человѣкъ сознаетъ вызванное волевымъ импульсомъ движеніе, какъ имъ желаемое. Но такое хотѣніе возможно лишь при томъ условіи, что оно является стремленіемъ къ движенію въ опредѣленномъ направленіи и къ опредѣленной цѣли. Слѣдовательно, хотѣніе является созна-

тельнымъ, поскольку желаемое заключалось передъ тѣмъ въ представленіи дѣятеля; сознательное хотѣніе, при которомъ отсутствуетъ сознаніе того, что содержится въ волѣ, было бы внутреннимъ самопротиворѣчіемъ. Такимъ образомъ изъ того, что причинено человѣкомъ, ему можетъ быть вмѣнено, какъ умышленное: 1) вызванное волевымъ импульсомъ и сознаваемое дѣятелемъ движеніе. Но такъ какъ движеніе, умышленное дѣйствіе, желается дѣятелемъ не само по себѣ и не какъ таковое, а лишь какъ средство для осуществленія предвидимаго и преднамѣреннаго имъ послѣдствія, то 2) вмѣняется за dolus и результатъ умышленной дѣятельности, насколько онъ былъ сознательно желаемъ дѣятелемъ. Все, что выходитъ за эти предѣлы, не соотвѣтствуетъ намѣренію дѣятеля и потому или вовсе исключается изъ области вмѣненія, какъ случайное, или же, не подлежа вмѣненію въ качествѣ умышленнаго, обосновываетъ отвѣтственность лица на другомъ предположеніи. Наконецъ 3) для вмѣненія за dolus необходимо, чтобы и самый путь, которымъ послѣдствіе достигло осуществленія (die Art der causalen Vermittelung) соотвѣтствовалъ представленію о томъ дѣятеля; на этомъ основаніи, хотя бы послѣдствіе и согласовалось съ намѣреніемъ дѣятеля и находилось въ причинной связи съ умышленною имъ дѣятельностію, оно не можетъ быть вмѣнено ему какъ умышленное, насколько способъ его воспроизведенія (die Art der Verursachung) разнился отъ того, который дѣятель представлялъ себѣ и на который онъ соизволялъ. Подобно тому какъ всякая дѣятельность представляется сознанію дѣятеля не только какъ таковая, сама по себѣ, а какъ причиняющая опредѣленное послѣдствіе, это послѣдствіе также никогда не преднамѣривается, лишь какъ вообще осуществимое, какимъ бы то ни было образомъ, но какъ осуществимое именно извѣстнымъ ходомъ причиннаго развитія (durch eine bestimmte Art der causalen Vermittelung zu verwirklichende). Необходимо поэтому отграничивать послѣдствіе, которое, находясь въ причинной связи съ умышленнымъ дѣйствіемъ, соотвѣтствуетъ намѣренію въ широкомъ, несобственномъ смыслѣ этого слова, отъ такого, которое является въ строгомъ смыслѣ преднамѣреннымъ и которое только и можетъ быть вмѣнено дѣятелю въ вину какъ умышленное. Засимъ не можетъ быть вмѣнено въ качествѣ умышленнаго (zum Vorsatze) такое послѣдствіе, котораго лицо въ дѣйствительности *вообще* не могло умыслить (welchen der Handelnde in

Wahrheit zu beabsichtigen überhaupt nicht vermag. Хотѣть, умышлять человѣкъ можетъ лишь то, что онъ сознаетъ для себя возможнымъ; такое сознаніе предполагаетъ, во 1-хъ, вынесенное изъ опыта знаніе условій, отъ которыхъ зависитъ наступленіе послѣдствія, а во 2-хъ представленіе о томъ, что лицо въ силахъ собственною произвольною дѣятельностію создать ту комбинацію условій, изъ которой преднамѣренный результатъ вытекаетъ съ необходимостію, — представленіе, которое вполнѣ совмѣстимо съ сознаніемъ того, что наступленіе послѣдствія является лишь возможнымъ, вѣроятнымъ, что, можетъ статься, вслѣдствіе ошибки не достаетъ одного какого-нибудь необходимаго для того условія, или что собственное движеніе дѣятеля, по его неловкости, не приведетъ къ ожидаемому результату. Въ своихъ желаніяхъ человѣкъ можетъ заходить за предѣлы своихъ силъ; такъ онъ можетъ, предпринять осуществленіе желаемаго имъ послѣдствія, будучи въ состояніи создать только одно какое-нибудь условіе его наступленія, въ надеждѣ, что случай присоединитъ затѣмъ и дальнѣйшія условія, но нельзя же подвергать его отвѣтственности за такое случайное (хотя соотвѣтствующее его желанію) послѣдствіе, какъ за причиненное умышленно. Нельзя признать виновнымъ въ умышленнымъ убійствѣ того, кто, желая, чтобы другой былъ убитъ ударомъ молніи, помѣститъ его, во время грозы, подъ дерево, и тотъ дѣйствительно будетъ убитъ такимъ способомъ; хотя такое послѣдствіе вытекло изъ данныхъ условій согласно съ представленіемъ о томъ лица, но причинное развитіе его изъ данныхъ условій не было преднамѣрено дѣятелемъ, а составляло только предметъ его желаній, надеждъ. Но даже и въ томъ случаѣ, когда дѣятель дѣйствительно умыслилъ послѣдствіе, сознавая, что можетъ его осуществить собственными силами, такое согласующееся съ его намѣреніемъ послѣдствіе, не вмѣнимо ему въ вину какъ умышленное, если оно вопреки его волѣ вытекло изъ его дѣятельности посредствомъ иного причиннаго развитія, чѣмъ то которое имѣлъ въ виду дѣятель (in anderer als der beabsichtigten Weise causaler Vermittelung). Нѣтъ впрочемъ необходимости, чтобы ходъ явленій, воспроизведшихъ послѣдствіе, совершался точь въ точь такъ, какъ представлялъ его себѣ дѣятель; если въ конкретномъ случаѣ приведенныя дѣятелемъ въ движеніе силы дѣйствовали въ какомъ либо отношеніи иначе, чѣмъ представлялъ себѣ дѣятель, то это не исключаетъ возможности вмѣнить ему послѣдствіе, какъ умыш-

ленное, если только развитіе этого послѣдствія происходило согласно съ намѣреніемъ лица и было имъ сознаваемо въ предѣлахъ его опытности и познаній. Massgebend für die Frage inwieweit der Erfolg der Thätigkeit als beabsichtigt zuzurechnen sei, ist also in allen Fällen nur das Wissen und Wollen des Handelnden und das Verhältniss in welchem das Geshehene zu im steht. .... Dürfte ein Erfolg als beabsichtigt nur dann zugerechnet werden wenn das ursächliche Verhältniss sich wirklich in allen Momenten der Vorstellung des Handelnden völlig entsprechend entwickelt hat, so würde die Zurechnung freilich nur in sehr seltenen Fällen möglich sein. Вмѣненіе послѣдствія въ качествѣ умышленнаго не безусловно исключается и тогда, если это послѣдствіе является не результатомъ дѣйствія силъ, намѣренно приведенныхъ лицомъ въ движеніе, а слѣдствіемъ непредвидѣннаго и не принятаго дѣятелемъ въ разсчетъ дѣйствія силъ, содѣйствіе коихъ онъ обусловилъ нечаянно. Не слѣдуетъ забывать, что дѣятель никогда не можетъ смотрѣть на послѣдствіе какъ на необходимый, а лишь какъ на возможный результатъ своей дѣятельности, что онъ никогда не въ состояніи заранѣе опредѣлить предположенное имъ причинное соотношеніе явленій во всѣхъ его моментахъ, а потому нельзя смотрѣть на содѣйствіе силъ, которыя ранѣе не имѣлись дѣятелемъ въ виду, какъ на такое, которое не входило въ его намѣреніе, насколько рѣчь идетъ именно о содѣйствіи, т. е. о томъ, что эти силы своимъ вторженіемъ въ преднамѣренное дѣятелемъ причинное соотношеніе явленій *способствуютъ* его дальнѣйшему развитію и ведутъ къ намѣченной цѣли. Безъ сомнѣнія однако не можетъ быть рѣчи о подобномъ содѣйствіи въ томъ случаѣ, если сила, неожиданно становящаяся дѣятельною, *не способствуетъ* преднамѣренному развитію причиннаго соотношенія, а скорѣе преграждаетъ и прерываетъ его въ томъ смыслѣ, что, присоединяясь къ данному положенію вещей, воспроизводитъ преднамѣренное послѣдствіе совершенно инымъ путемъ, чѣмъ то было преднамѣрено дѣятелемъ. Тотъ, кто желаетъ убить другаго выстрѣломъ, является виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ не только тогда, если выстрѣлъ немедленно повлекъ за собою смерть этого лица, какъ того желалъ дѣятель, но и тогда, если огнестрѣльная рана допускала возможность излѣченія, но, благодаря содѣйствію вѣтра, непогоды, продолжительному нахожденію раненаго безъ всякой помощи, обусловила его смерть, такъ какъ въ приведенномъ случаѣ раненый, согласно

намѣренію дѣятеля, былъ убитъ выстрѣломъ. Но если напр. смертельное дѣйствіе раны, нанесенной съ умысломъ убить, было воспрепятствовано тѣмъ, что прежде, чѣмъ смерть послѣдовала, раненый былъ убитъ свалившимся сверху камнемъ, то смерть хотя и будетъ находиться въ причинной связи съ нанесеніемъ раны, ибо камень не попалъ бы въ раненаго, если бы онъ, благодаря полученной ранѣ, не лежалъ въ данномъ мѣстѣ, однако этотъ способъ причиненія смерти не лежалъ въ волѣ и намѣреніи дѣятеля, а потому смерть раненаго въ послѣднемъ случаѣ не можетъ быть вмѣнена дѣятелю, какъ умышленно имъ причиненная. Вмѣненіе послѣдствія въ качествѣ умышленнаго не исключается и тогда, если присоединяющеюся въ причинной цѣпи явленій силою будетъ дѣятельность другаго человѣка, предполагая, что причинное соотношеніе остается такимъ, какъ оно было преднамѣрено дѣятелемъ. Но причинное отношеніе измѣняется, если другое лицо, дѣйствуя по собственному почину, вторгается, прежде чѣмъ цѣль была достигнута, въ причинную цѣпь явленій и прерываетъ ее, воспроизводя преднамѣренное первымъ дѣятелемъ послѣдствіе посредствомъ инаго причиннаго сочетанія условій. Въ этомъ случаѣ вмѣненіе послѣдствія первому дѣятелю въ качествѣ умышленнаго становится невозможнымъ, но не потому, чтобы самопроизвольная дѣятельность другаго человѣка составляла нѣчто такое, что никакъ не могло входить въ разсчетъ дѣятеля, не потому что послѣдній не могъ имѣть таковой въ виду въ качествѣ содѣйствующаго момента. Съ одной стороны вмѣненіе исключается и тогда, если перерывъ причинной связи произведенъ не дѣйствіемъ человѣка, а стихійною силою, хотя бы при этомъ дѣятель могъ предвидѣть вмѣшательство этой силы, какъ возможное, и даже тогда, если дѣятель, хотя и предвидѣлъ возможность такого вторженія посторонней силы, но исключилъ ея дѣйствіе (ihre Wirksamkeit) изъ своего намѣренія. Съ другой стороны дѣятель часто бываетъ въ состояніи, основываясь на знаніи жизненныхъ привычекъ другаго человѣка, предусмотрѣть опредѣленное его дѣйствіе и затѣмъ вложить въ свое намѣреніе и это дѣйствіе, какъ необходимое звѣно въ преднамѣренномъ причинномъ соотношеніи явленій, а слѣдовательно, если преднамѣренное послѣдствіе наступило путемъ преднамѣреннаго причиннаго взаимо дѣйствія, то вмѣненіе послѣдствія въ качествѣ умышленнаго не исключается потому только, что оно наступило по присоединеніи дѣятельности другаго человѣка.

Нерѣдко рядомъ съ преднамѣреннымъ результатомъ, изъ того же дѣйствія вытекаютъ дальнѣйшія заранѣе предвидимыя лицомъ послѣдствія, которыя представляются для него или безразличными или даже прямо нежелательными. Съ точки зрѣнія отношенія такихъ послѣдствій къ волѣ дѣятеля, необходимо различать, предвидѣлъ ли дѣятель таковыя въ качествѣ возможныхъ только или же неизбѣжныхъ результатовъ своей дѣятельности. Въ первомъ случаѣ, когда дѣятель сознаетъ, что послѣдствія устранимы единственно невыполненіемъ самаго дѣйствія, желаніе его, чтобы такое, имъ уже обусловленное послѣдствіе не наступало, ничего не измѣняетъ и нежелаемое имъ послѣдствіе вмѣнимо ему какъ умышленное. Иначе ставится вопросъ, если лицо предвидитъ нежелаемое или желаемое имъ послѣдствіе своего дѣйствія только какъ возможное. Das Unmögliche kann gewünscht aber nicht gewollt werden, wohl aber das Mögliche. Дѣятель можетъ исключить нежелаемое имъ послѣдствіе изъ сферы своего хотѣнія (von seinem Wollen ausschliessen) и то обстоятельство, что онъ предвидѣлъ возможность наступленія этого послѣдствія, само по себѣ еще не обусловливаетъ вмѣнимости таковаго въ качествѣ умышленнаго. Но конечно одного только желанія дѣятеля недостаточно для устраненія изъ его хотѣнія такого послѣдствія, возможность наступленія коего онъ предвидитъ. Поэтому, коль скоро дѣятель убѣжденъ, что наступленіе возможнаго послѣдствія зависитъ отъ такихъ обстоятельствъ, которыя совершенно ускользаютъ отъ его воздѣйствія, что для него рѣшительно не представляется возможности направить свою дѣятельность соотвѣтственно его намѣренію избѣжать нежелаемаго имъ послѣдствія и что таковое можетъ быть навѣрно избѣгнуто только при невыполненіи имъ самаго дѣйствія, и, несмотря на это, приступаетъ къ его совершенію, то нельзя считать это послѣдствіе не содержащимся въ волѣ дѣятеля только потому, что онъ не желалъ его наступленія (der Wunsch kann nicht bewirken, dass dieser Erfolg als nicht gewollt zu betrachten wäre), и оно должно быть вмѣнено ему въ вину, какъ умышленное.

Для вмѣненія содѣяннаго за dolus, необходимо сверхъ того, чтобы дѣятель обладалъ сознаніемъ преступности (Pflichtwidrigkeit) своего дѣйствія, такъ какъ понятіе вины покоится на предположеніи, что дѣятель не руководился требованіемъ долга (Pflichtgebot). При этомъ то обстоятельство, что дѣятель не желалъ достигнуть поставленной имъ себѣ цѣли непремѣнно противозакон-

нымъ дѣйствіемъ, что такое свойство дѣянія представлялось въ его глазахъ безразличнымъ или даже нежелательнымъ, не можетъ служить препятствіемъ ко вмѣненію ему содѣяннаго за dolus, такъ какъ, въ виду совершенія имъ означеннаго дѣйствія, несмотря на сознанную противозаконность таковаго, преступный элементъ дѣйствія стоитъ къ волѣ лица въ такомъ же отношеніи, какъ и всякое другое послѣдствіе, неизбѣжность котораго имъ сознается. Для наказуемости преступнаго дѣянія, какъ умышленнаго, не требуется, чтобы дѣятелемъ были сознаны всѣ тѣ моменты, которыми обусловливается законный составъ преступленія, такъ какъ это предполагало бы знаніе уголовнаго закона. Но конечно дѣятель долженъ сознавать, что въ его дѣйствіе входятъ въ качествѣ составныхъ элементовъ, всѣ тѣ моменты, отъ которыхъ законъ ставитъ въ зависимость качественное и количественное опредѣленіе размѣровъ вины и наказанія (aller der Momente die das Gesetz als entscheidend für Art und Mass der Verschuldung damit auch der Strafe betrachtet).

Опредѣляя понятіе dolus какъ *умыселъ выполнить такую дѣятельность, которая направлена къ воспроизведенію преднамѣреннаго послѣдствія съ сознаніемъ* о томъ, что оно противорѣчитъ долгу (pflichtwidrig), авторъ замѣчаетъ, что этимъ техническимъ терминомъ выражается какъ формальное отношеніе знанія и хотѣнія (des Wissens und Wollens) къ послѣдствію, такъ и отношеніе воли къ долгу (des Willens zur Pflicht).

Дѣйствіе можетъ быть только или *долознымъ* или нѣтъ и поэтому ни въ какомъ случаѣ невозможно допустить различій въ родѣ или мѣрѣ преступнаго умысла (Es kann niemals von verschiedenen Arten oder einem verschiedenen Masse des dolus die Rede sein). Binding по этому поводу совершенно справедливо замѣчаетъ, что при установленіи всѣхъ этихъ мнимыхъ родовыхъ отличій (Artverschiedenheiten) говорится въ сущности не о какомъ либо различіи въ самой формѣ dolus'а, а исключительно о томъ, какія изъ возможныхъ послѣдствій дѣйствія вмѣнимы за dolus, т. е. какъ преднамѣренныя и умышленно учиненныя.

Точно также различное (verschiedenartige) отношеніе намѣренія къ нѣсколькимъ возможнымъ послѣдствіямъ не можетъ само по себѣ обосновать различія въ мѣрѣ вины дѣятеля, такъ какъ наступившее послѣдствіе можетъ быть только или преднамѣреннымъ, или не преднамѣреннымъ, но ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть *болѣе или менѣе преднамѣреннымъ*.

Форма, въ которой выражается намѣреніе, опредѣляется конечною цѣлью дѣятельности лица. Такъ намѣреніе является опредѣленнымъ исключительно (dolus determinatus), если изъ нѣсколькихъ возможныхъ послѣдствій дѣятель признаетъ только одно ведущимъ къ его цѣли и вслѣдствіе того направляетъ свою дѣятельность, насколько это отъ него зависитъ, такъ, чтобы она воспроизвела только это послѣдствіе. Если преступная дѣятельность способна воспроизвести не только то или другое послѣдствіе, а нѣсколько послѣдствій одновременно и дѣятель направляетъ свою умышленную дѣятельность на причиненіе нѣсколькихъ различныхъ противозаконныхъ послѣдствій, то результатомъ такой дѣятельности является стеченіе нѣсколькихъ преступленій, изъ коихъ каждое учинено dolo determinato. Съ точки зрѣнія вмѣненія рѣшительно все равно, считалъ ли при этомъ дѣятель, что эти послѣдствія всѣ являются средствами пригодными для его цѣли, или же то или другое изъ этихъ послѣдствій представлялось ему въ этомъ отношеніи безразличнымъ и потому нежелательнымъ, такъ какъ, разъ онъ сознавалъ, что его желаніе избѣжать наступленія послѣдствія превышаетъ его силы, что предпринимаемая имъ дѣятельность, имѣющая воспроизвести желаемое послѣдствіе, неизбѣжно повлечетъ за собою и послѣдствіе нежелательное, то, рѣшаясь предпринять такую дѣятельность, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ включаетъ въ свое намѣреніе также и нежелательное послѣдствіе, какъ необходимое условіе наступленія того послѣдствія, которое прямо служитъ его цѣли. Dolus eventualis или alternativus имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если дѣятель умыслилъ нѣсколько возможныхъ послѣдствій такъ, что должно наступить или то, или другое изъ нихъ, ибо каждое является средствомъ одинаково пригоднымъ для достиженія цѣли. Въ этомъ случаѣ существенно важно провести грань между тѣмъ, что преднамѣрено дѣятелемъ, и тѣмъ, что имъ просто желается. Объ эвентуально или альтернативно опредѣленномъ умыслѣ можетъ быть рѣчь только въ томъ случаѣ, если одно послѣдствіе своимъ наступленіемъ исключаетъ наступленіе другаго послѣдствія, но не тогда, если дѣятельность способна воспроизвести оба послѣдствія совмѣстно. Послѣдствіе можетъ почитаться исключеннымъ изъ намѣренія дѣятеля или тогда, если дѣятель вовсе не представлялъ себѣ возможности его наступленія или когда, сознавая эту возможность, онъ полагалъ, что осторожнымъ образомъ дѣйствій съумѣетъ его избѣгнуть.

Но если дѣятель сознаетъ, что не въ состояніи опредѣлить, какое изъ двухъ, могущихъ наступить совмѣстно, послѣдствій его дѣянія наступитъ въ данномъ случаѣ, и вслѣдствіе того неспособенъ также и опредѣлить, наступитъ ли только одно изъ нихъ, или оба, то онъ можетъ лишь желать, чтобы наступило то, или другое послѣдствіе, но не можетъ направить свою волю, свое намѣреніе на то, что, по его собственному сознанію, превышаетъ его силы. Въ подобномъ случаѣ оба возможныя послѣдствія являются опредѣленными, а не только эвентуально или альтернативно преднамѣренными. Weil das Wollen, Beabsichtigen durch das Können nothwendig bedingt ist, so ist auch eine alternativ bestimmte Absicht nur dann möglich, wenn der Handelnde nur den einen oder anderen Erfolg darum zu beabsichtigen vermag, weil nur der jene oder andere eintreten kann, nicht beide zugleich.

Въ качествѣ особенныхъ формъ намѣренія (als eigenthümliche Gestaltungen der Absicht) новѣйшая доктрина разсматриваетъ: 1) случай, характеризуемый нѣкоторыми криминалистами какъ dolus eventualis, другими какъ комбинація изъ dolus determinatus и eventualis (*), а именно, когда дѣятель, умышляя прежде всего (zunächst) осуществленіе только одного изъ нѣсколькихъ, сознаваемыхъ имъ какъ возможныя, послѣдствій, допускаетъ (zulässt) однако, на случай необходимости, и наступленіе иного или другихъ послѣдствій. Такая форма выраженія намѣренія, по мнѣнію Hälschner'а, вообще недопустима. Возможно, разсуждаетъ авторъ, что дѣятель влагаетъ въ свое намѣреніе нѣсколько возможныхъ послѣдствій, возможно также, что одно изъ нихъ онъ разсматриваетъ какъ ближе всего и непосредственно служащее его цѣли, тогда какъ другое представляется ему вовсе не ведущимъ къ цѣли непосредственно, а лишь посредственно, насколько его нельзя избѣгнуть въ видахъ достиженія цѣли. Но въ такомъ случаѣ оба послѣдствія являются прямо преднамѣренными (bestimmt beabsichtigt) и дѣло не въ томъ, что одно послѣдствіе преднамѣрено ближайшимъ образомъ (zunächst), а другое только эвентуально, что одно

(*) Комбинацію dolus determinatus и eventualis усматриваетъ здѣсь Hälschner (System I стр. 131); dolus eventualis видятъ въ этомъ случаѣ: Wächter, Heffter, Weber, Bauer, Köstlin, Gessler, Geib, H. Meyer; эвентуально-альтернативный умыселъ—Buri, комбинацію dolus determinatus и indeterminatus Berner (разсматривающій dolus eventualis, какъ dolus indeterminatus).

преднамѣрено болѣе, другое менѣе, а въ томъ только, что одно изъ нихъ непосредственно ведетъ къ цѣли, а другое лишь посредственно, и только при томъ условіи, если оно стоитъ на заднемъ планѣ (nur insofern in zweiter Liniesteht). Если же въ данномъ случаѣ дѣятель дѣйствительно направилъ свое намѣреніе только на одно послѣдствіе, другое же допускается имъ лишь на тотъ случай, если бы оно случайно произошло (falls es sich so fügen würde), то это второе последствіе вообще не преднамѣрено имъ; о томъ, что дѣятель допускаетъ послѣдствіе, эвентуально соизволяетъ на его наступленіе, можно говорить только тогда, если послѣдствіе это представляется въ глазахъ дѣятеля устранимымъ, ибо тотъ результатъ своей дѣятельности, который дѣятель считаетъ неизбѣжнымъ, является въ его намѣреніи не эвентуально только, а вполнѣ опредѣленнымъ (beabsichtigt er mit voller Bestimmtheit). Никто однако не станетъ умышлять такое послѣдствіе, которое онъ считаетъ нецѣлесообразнымъ и въ то же время устранимымъ, а потому если такое послѣдствіе наступило, оно можетъ быть вмѣнено дѣятелю въ вину всегда только, какъ причиненное по неосторожности (luxuria). 2) Неопредѣленный умыселъ (dolus indeterminatus или generalis). Такъ какъ процессъ умышленія (das Beabsichtigen) состоитъ въ опредѣленіи желаемаго послѣдствія (in dem Bestimmen eines gewollten Erfolges), то вполнѣ неопредѣленное намѣреніе вообще не допустимо и всякая мнимая неопредѣленность намѣренія должна быть понимаема только какъ относительная. Въ основѣ понятія неопредѣленнаго умысла должно лежать предположеніе, что представленіе дѣятеля настолько неясно и недоразвито, что оно обхватываетъ не только то послѣдствіе, которое воспроизведено, но и разныя иныя послѣдствія, причемъ однако представленіе какъ относительно перваго, такъ и относительно послѣднихъ не достигло полной отчетливости и специализаціи. Въ видѣ примѣровъ dolus generalis приводятся обыкновенно тѣ случаи, въ которыхъ намѣреніе дѣятеля не достигло ближайшей специализаціи относительно возможныхъ различій въ объемѣ послѣдствія его дѣйствія, причемъ онъ выяснилъ себѣ лишь то, какого рода преступленіе ему предстоитъ совершить (dass er dass zu verübende Delict nur der Art nach sich vorstellte), и гдѣ, слѣдовательно, возбуждается вопросъ, въ какомъ объемѣ наступившее послѣдствіе подлежитъ вмѣненію въ качествѣ умышленнаго. Если въ подобномъ случаѣ дѣя-

тель, будучи въ состояніи ограничить направленіе своей воли (sein Wollen zu begrenzen) и соотвѣтственно этому направить свою дѣятельность, не сдѣлалъ этого, то онъ тѣмъ самымъ умыслилъ послѣдствіе во всевозможномъ объемѣ (so hat er den Erfolg in jedem möglichen Umfange in seine Absicht aufgenommen) и потому таковое вмѣнимо ему за dolus въ томъ объемѣ, въ какомъ оно наступило; очевидно, такимъ образомъ, здѣсь мы имѣемъ передъ собою не dolus generalis, a dolus determinatus. Нельзя равнымъ образомъ допустить dolus generalis и въ такой формѣ, что не только возможный объемъ послѣдствія, но и свойство преступленія, которое дѣятель намѣренъ совершить. остается для него неопредѣленнымъ. Прежде всего о вмѣнимости какого-либо дѣйствія въ вину нельзя говорить, если лицомъ не умышлена дѣятельность *опредѣленнаго рода*. Избраніемъ же опредѣленнаго рода дѣятельности, изъ намѣренія дѣятеля исключаются всѣ тѣ роды преступныхъ дѣяній, къ учиненію коихъ она не можетъ служить, и намѣреніе дѣятеля можетъ, слѣдовательно, направляться только на совершеніе тѣхъ не многихъ преступленій, которыя могутъ проистекать изъ даннаго рода дѣятельности. Если при этомъ разнородныя возможныя послѣдствія взаимно исключаются одно другимъ, то мы имѣемъ dolus eventualis, при возможности же совмѣстнаго ихъ наступленія—совокупность нѣсколькихъ умысловъ на совершеніе нѣсколькихъ преступленій; наконецъ какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ намѣреніе можетъ быть направлено на одно послѣдствіе, исключая вмѣстѣ съ тѣмъ всякое другое возможное послѣдствіе. Засимъ то положеніе, что намѣреніе, оставаясь по отношенію къ различнымъ возможнымъ послѣдствіямъ неопредѣленнымъ (unbestimmt in der Schwebe geblieben)—можетъ быть направлено на genus, обнимающій всѣ эти разнородныя преступленія,—слѣдуетъ безусловно отвергнуть, какъ фикцію. Можно допустить, что при совершеніи дѣйствія въ аффектѣ, намѣреніе направляется исключительно на одно возможное послѣдствіе, тогда какъ другія, благодаря чрезмѣрному чувственному возбужденію, вовсе не были сознаны дѣятелемъ, какъ возможныя, и потому имъ не умышляются, или же, что намѣреніе, безъ всякаго осмысленнаго разсужденія, направляется эвентуально на всѣ возможныя послѣдствія,—но такой случай, чтобы дѣятель не представлялъ себѣ и не хотѣлъ ни того, ни другаго, ни всѣхъ возможныхъ послѣдствій взятыхъ въ совокупности, немыслимъ, такъ какъ умы-

селъ дѣятеля долженъ быть направленъ на опредѣленный родъ дѣятельности, а эту дѣятельность онъ можетъ представлять себѣ не иначе какъ въ качествѣ причины, производящей одно или многія опредѣленнаго рода послѣдствія. 3) Условный умыселъ, который признается въ тѣхъ случаяхъ, когда выполненіе преднамѣреннаго должно имѣть мѣсто не тотчасъ и не безусловно, а лишь по наступленіи извѣстныхъ обстоятельствъ. Противъ этого можно возразить, что въ подобномъ случаѣ условнымъ является не умыселъ, а его осуществленіе, а съ другой стороны, что для вопроса о томъ, что можетъ быть разсматриваемо какъ умышленное, совершенно безразлично, поставилъ ли дѣятель учиненіе имъ своего дѣйствія въ зависимость отъ какихъ либо дальнѣйшихъ условій, или нѣтъ.

По мнѣнію Hälschner'а, германское уложеніе поступило вполнѣ правильно, отказавшись, по примѣру прусскаго кодекса, отъ опредѣленія въ законѣ понятія преступнаго умысла, и предоставивъ эту задачу наукѣ и судебной практикѣ, такъ какъ понятіе умысла не есть исключительно уголовно-юридическое и даже не исключительно правовое понатіе, а имѣетъ общее этическое значеніе и, какъ таковое, не нуждается въ законодательномъ опредѣленіи; притомъ въ доктринѣ до сихъ поръ опредѣленіе понятія dolus остается спорнымъ.

VI.

Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, изд. 1881 г., стр. 156 и слѣд.

Дѣйствіе можетъ быть вмѣнено въ вину лицу, способному но вмѣненію, лишь тогда, когда оно, положительнымъ или отрицательнымъ образомъ, можетъ быть приведено въ связь съ его волею (wenn sie, sei es in positiver oder in negativer Weise, auf seinen Willen zurückzuführen ist). Субъективная виновность выражается такимъ образомъ въ двухъ формахъ: 1) въ формѣ положительной вины воли или умысла, когда дѣятель прямо хотѣлъ того, что онъ осуществилъ и что воспрещено закономъ подъ страхомъ наказанія и 2) въ формѣ отрицательной вины воли или неосторожности, когда дѣятель, противъ желанія, воспроизвелъ нѣчто наказуемое, чего онъ могъ избѣгнуть. Изъ этихъ двухъ видовъ виновности несравненно болѣе тяжкимъ представляется умыселъ (dolus), ибо здѣсь дѣятель становится положительнымъ образомъ во враждеб-

ное отношеніе къ охраняемымъ правоотношеніямъ, тогда какъ дѣйствующій неосторожно относится къ нимъ только безразлично. Понятіе умысла предполагаетъ прежде всего наличность сознательнаго отношенія со стороны дѣятеля къ тому, что онъ хочетъ осуществить, т. е. представленіе объ опредѣленномъ послѣдствіи дѣйствія. При отсутствіи представленія о томъ, что должно произойти, не можетъ быть рѣчи о *хотѣніи*, и совершенно ложно поэтому утвержденіе, что въ самомъ хотѣніи опредѣленнаго дѣйствія заключается и желаніе послѣдствій этого дѣйствія. Нѣтъ впрочемъ надобности, чтобы дѣятель представлялъ себѣ всѣ частности дѣянія (die Einzelheiten der That) именно такъ, какъ онѣ позднѣе осуществились въ дѣйствительности: достаточно, чтобы дѣяніе въ существенныхъ его пунктахъ находилось въ соотвѣтствіи съ волею дѣятеля. Въ особенности не требуется, чтобы дѣятель вполнѣ отчетливо представлялъ себѣ ту причинную связь (Causalzusammenhang), которая существовала между его дѣйствіемъ и наступившимъ послѣдствіемъ. Для бытія умысла необходимо далѣе, чтобы къ этому представленію о желаемомъ привходила и воля дѣятеля, такъ какъ предвидѣніе послѣдствія никогда не можетъ замѣнить собою воли воспроизвести это послѣдствіе. Конечно, при извѣстныхъ условіяхъ, съ предвидѣніемъ послѣдствія необходимо соединяется и воля воспроизвести это послѣдствіе, именно тогда, если дѣятель предпринимаетъ такое дѣйствіе, изъ котораго, какъ ему извѣстно, неминуемо или по всей вѣроятности произойдетъ это послѣдствіе. Тотъ, кто сознательно перерѣзываетъ другому шею, необходимо имѣетъ умыселъ учинить убійство, кто называетъ другаго ругательнымъ словомъ, смыслъ котораго ему извѣстенъ, дѣйствуетъ съ умысломъ оскорбить. Ja es wäre pedantisch, говоритъ авторъ, in solchen Fällen neben der wissentlichen Verübung noch von der vorsätzlichen Verübung zu sprechen. Поэтому употребленіе въ текстѣ закона въ подобныхъ случаяхъ выраженія *завѣдомо* не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что имъ замѣняется слово *умышленно*.

Не слѣдуетъ смѣшивать съ *волею* то представленіе, которое дѣятель имѣлъ самъ о своей собственной (будущей) волѣ; онъ можетъ долгое время мысленно рисовать себѣ картину дѣянія, но это представленіе о волѣ впервые превращается въ дѣйствительную волю только въ момента принятія рѣшимости учинить дѣяніе (хотя и послѣднюю, до тѣхъ поръ пока она не перешла въ

дѣйствіе, никогда нельзя считать безусловно твердою). Для бытія умысла не требуется безусловно сознанія лицомъ преступности дѣянія (Bewusstsein der Rechtswidrigkeit). Возрѣніе, признающее, что дѣятель можетъ подлежать наказанію за умышленное учиненіе дѣянія лишь тогда, если онъ сознавалъ, что погрѣшилъ противъ юридической нормы, не имѣетъ въ свою пользу основаній ни въ положительномъ правѣ, ни въ теоріи. Сознаніе противозаконности совершаемаго входитъ въ понятіе умысла только тогда, если оно обрзуетъ существенный признакъ состава преступленія, именно тамъ, гдѣ индивидуальная особенность даннаго преступленія заключается въ нарушеніи права другаго лица или административнаго распоряженія и гдѣ, слѣдовательно, дѣятель долженъ обладать знаніемъ нарушаемыхъ имъ юридическихъ отношеній, но этотъ моментъ не составляетъ общаго условія наказуемости дѣянія, какъ умышленнаго. Сущность преступленія составляетъ не уклоненіе отъ юридической нормы, а скорѣе преступное нарушеніе жизненныхъ условій и интересовъ общества, а потому было бы послѣдовательно внести въ понятіе преступленія моментъ сознанія противообщественности или противогосударственности дѣйствія. Моментъ этотъ однако, по причинѣ его крайней неопредѣленности, оказался бы на практикѣ совершенно непригоднымъ и даже опаснымъ, почему уголовное законодательство и отказывается отъ него, считая сознательное совершеніе наказуемаго дѣянія исчерпывающимъ понятіе умысла. Согласно сказанному, dolus есть воля совершить въ данномъ случаѣ (in concreto) нѣчто такое, что закономъ вообще (in abstracto) воспрещено подъ страхомъ наказанія,

Что касается различныхъ видовъ умысла, то слѣдующіе виды устраняются авторомъ, какъ недопустимая фикція или недоразумѣніе: а) т. наз. dolus indirectus, признававшійся старою доктриною въ томъ случаѣ, когда умышленное дѣйствіе повлекло за собою болѣе тяжелое послѣдствіе, нежели то, которое дѣятель ближайшимъ образомъ или вообще желалъ. Но понятно, что такое болѣе тяжелое послѣдствіе можетъ быть вмѣнено дѣятелю за dolus только тогда, если онъ дѣйствительно желалъ его наступленія. Такимъ образомъ въ дѣйствительности въ подобныхъ случаяхъ необходимо всегда различать, лежалъ ли въ основѣ наступившаго послѣдствія умыселъ, или неосторожность, или наконецъ случай; б) dolus generalis, признававшійся въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, полагая, что уже

воспроизвело преднамѣренный имъ результатъ, въ дѣйствительности осуществляетъ таковой лишь позднѣйшею своею дѣятельностью, находящеюся однако въ связи съ даннымъ преступленіемъ. Главнѣйшій случай тотъ, когда кто либо, въ полной увѣренности, что онъ уже убилъ свою жертву, въ дѣйствительности причиняетъ ей смерть тѣмъ, что заживо погребаетъ мнимый трупъ. Здѣсь признавалось оконченное убійство, на томъ основаніи, что умыселъ проходитъ чрезъ всю дѣятельность лица, взятую въ ея совокупности. Законодательное постановленіе въ этомъ смыслѣ встрѣчается въ кодексахъ Вюртембергскомъ 1839 г., art. 65, и Баденскомъ 1845 г., § 99. Такъ какъ признаніе того, что лицо, уже воспроизведшее извѣстное послѣдствіе, желаетъ еще разъ воспроизвести то же самое послѣдствіе, заключаетъ въ себѣ очевидное логическое противорѣчіе, то въ подобномъ случаѣ по отношенію къ позднѣйшей дѣятельности лица не можетъ быть и рѣчи объ умыслѣ. Затѣмъ по мнѣнію автора представляются нелишенными юридическаго значенія слѣдующіе два вида умысла: а) dolus indeterminatus (или dolus generalis, понимаемый въ другомъ смыслѣ), когда дѣятель не вполнѣ выяснилъ себѣ, какое изъ многихъ, укладывающихся въ извѣстныя границы послѣдствій, онъ намѣренъ воспроизвести. При этомъ имѣлись главнымъ образомъ въ виду случаи нанесенія простаго или тяжкаго тѣлеснаго поврежденія или причиненія смерти, въ которыхъ предполагалась возможность умысла съ совершенно общимъ характеромъ, animus nocendi, обнимавшаго собою всѣ возможныя послѣдствія, а потому виновный, въ случаѣ смерти потерпѣвшаго, долженъ былъ подлежать отвѣтственности какъ за умышленное лишеніе жизни. Правильнымъ здѣсь слѣдуетъ признать только то, что подобнаго рода неопредѣленныя представленія вполнѣ возможны; ложнымъ является выводъ, что въ такихъ случаяхъ всегда можно вмѣнить дѣятелю за dolus болѣе тяжкое послѣдствіе; это можетъ имѣть мѣсто лишь тогда, если умыселъ виновнаго опредѣлился въ такой степени, что обнимаетъ собою и болѣе тяжкое послѣдствіе, какъ желаемое дѣятелемъ на ряду съ другими послѣдствіями. Если же этого нѣтъ, то можно считать желаемымъ только то, меньшее по важности своей, послѣдствіе, которое дѣйствительно представлялось въ сознаніи дѣятеля желательнымъ; а слѣдовательно, если напр онъ хотѣлъ только ударить, ранить, то ему должно быть вмѣнено то лишь преступленіе, которое во всякомъ случаѣ и по мень-

шей мѣрѣ (mindestens und jedenfalls) заключается въ такой его дѣятельности; б) dolus alternativus и dolus eventualis, изъ которыхъ подъ первымъ разумѣется тотъ случай, когда кто-либо изъ двухъ одинаково возможныхъ послѣдствій желаетъ воспроизвести либо одно, либо другое, а подъ вторымъ — тотъ случай когда виновный умышляетъ прежде всего одно послѣдствіе и лишь условно другое. При ближайшемъ анализѣ оказывается однако, что такое альтернативное или эвентуальное отношеніе касается лишь взаимнаго положенія объектовъ, на которые устремлено вниманіе дѣятеля, тогда какъ самый умыселъ остается въ обоихъ случаяхъ однимъ и тѣмъ же.

VII.

Ortolan, Éléments de droit pénal, изд. 1875 г. стр. 153 и слѣд.

Преступное *намѣреніе* (intention), по опредѣленію Ortolan'a *) есть направленіе своего дѣйствія или бездѣйствія къ воспроизведенію вреднаго послѣдствія, входящаго въ законный составъ преступленія (le fait d'avoir dirigé, d'avoir tendu son action ou son inaction vers la production du résultat préjudiciable constitutif du délit). Преступное намѣреніе не должно быть смѣшиваемо съ мотивомъ, опредѣлившимъ дѣятеля къ учиненію преступленія, говоря другими словами, съ болѣе отдаленною цѣлью, достиженіе которой путемъ преступленія дѣятель имѣетъ въ виду. Свойство мотива не остается конечно безъ вліянія на мѣру индивидуальной виновности, обусловливая различные ея оттѣнки, но оно не способно устранить виновность безотносительную (la culpabilité absolue). Le crime est toujours le crime et pas plus en droit pénal qu'en morale, „la fin justifie le moyen" n'est une maxime qui soit admissible. Намѣреніе не входитъ въ число элементовъ, образующихъ понятіе вмѣняемости, являясь лишь весьма важнымъ условіемъ при опредѣленіи степени виновности (dansla mesure de laculpabilite). Тѣмъ не менѣе, по весьма распространенному между криминалистами взгляду,—преступленіе не существуетъ безъ намѣренія, намѣреніе создаетъ преступленіе. Такое мнѣніе является результатомъ смѣшенія терминовъ гражданскаго и уголовнаго права. Старая юриспруденція квалифицировала терминомъ *delictum*, въ правѣ гражданскомъ, всякое пра-

*) Авторъ высказывается въ пользу замѣны слова dolus, какъ термина, заимствованнаго изъ римскаго jus civile и потому непригоднаго для обозначенія уголовно-юридическаго понятія преступнаго умысла—словомъ намѣреніе, intention (tendere in, tendere ad).

вонарушительное дѣйствіе, учиненное съ намѣреніемъ вредить, тогда какъ такому же дѣйствію, но учиненному безъ намѣренія, присвоивала наименованіе quasi-delictum. En ce sens, замѣчаетъ авторъ, il est parfaitement vrai de dire qu'il ny a pas délit sans intention, que c'est l'intention qui fait le délit, et qu'en l'absence d'intention il n'ya que quasi-délit, puisque telle est la définition même. Но, допуская полную справедливость такого положенія въ примѣненіи къ гражданскому праву, нельзя его переносить въ уголовное право, въ виду существеннаго различія между понятіями уголовнаго преступленія и преступленія въ смыслѣ права гражданскаго. Если принять слово delictum въ смыслѣ дѣянія, всегда облагаемаго публичнымъ наказаніемъ, то положеніе „нѣтъ преступленія безъ намѣренія" будетъ ложно, такъ какъ весьма многія вредныя дѣйствія не облагаются публичнымъ наказаніемъ и при умышленномъ учиненіи ихъ, а съ другой стороны облагаются публичнымъ наказаніемъ, и неумышленныя вредныя дѣйствія, на томъ основаніи, что человѣкъ является отвѣтственнымъ и за непользованіе своими способностями для направленія своей дѣятельности, или воздержанія отъ нея, соотвѣтственно требованіямъ долга. Криминалисты пользовались спеціальнымъ наименованіемъ *вины* (faute, culpa) для обозначенія такого ненамѣреннаго неисполненія долга (manquement à un devoir), противополагая такимъ образомъ понятіе вины понятію умысла; но такое противоположеніе, заимствованное равнымъ образомъ изъ терминологіи гражданскаго права, является не вполнѣ точнымъ. Въ дѣйствительности понятіе вины обнимаетъ всѣ случаи неисполненія долга (toutes les fois que nous avons failli à un devoir), какъ ненамѣреннаго, такъ тѣмъ болѣе и намѣреннаго; слова: *виновный*, *виновность* (coupable, culpabilité) приложимы ко всѣмъ случаямъ, не различая того, идетъ ли рѣчь о преступленіяхъ неумышленныхъ или умышленныхъ. Справедливо здѣсь только то, что неисполненіе долга, заключающееся въ правонарушеніяхъ ненамѣренныхъ, гораздо незначительнѣе сравнительно съ виновностью въ правонарушеніяхъ умышленныхъ, ибо не сдѣлать надлежащаго употребленія изъ своихъ способностей, въ видахъ избѣжанія зла, гораздо менѣе важно, нежели сдѣлать изъ нихъ дурное употребленіе, воспользовавшись ими для причиненія этого зла. Въ первомъ случаѣ единственнымъ послѣдствіемъ дѣйствія виновнаго по большей части является обязательство возмѣщенія

причиненныхъ имъ убытковъ, гражданская виновность. Для того же, чтобы неумышленная вина могла быть возводима на степень преступленія, необходимо: 1) чтобы свойство фактовъ и условій налагало на дѣятеля, по отношенію къ другому лицу, обязанность поступать съ особою осмотрительностью, предвидѣть возможныя послѣдствія дѣянія, принять извѣстныя предосторожности, вооружиться спеціальными познаніями и искусствомъ и 2) чтобы въ этомъ былъ замѣшанъ какой-либо публичный интересъ, настолько важный, чтобы оправдывать примѣненіе уголовной кары. De telle sorte qu'il est vrai de dire qu'à moins que le contraire ne résulte en droit rationnel de la nature des faits, et en droit positif de la disposition explicite ou implicite de la loi, l'intention est nécessaire pour constituer la culpabilité pénale, et que c'est à cette condition qu'il faut incliner de préférence.

Различные случаи, въ коихъ дѣйствія или упущенія человѣка, хотя бы учиненныя безъ умышленной вины, могутъ быть возводимы на степень уголовно-наказуемыхъ дѣяній, группируются около нѣсколькихъ руководящихъ положеній: Такъ во 1) должностныя или частныя лица, призванныя къ выполненію нѣкоторыхъ публичныхъ услугъ (certains services publics), къ совершенію нѣкоторыхъ дѣйствій, дачѣ нѣкоторыхъ заявленій, съ которыми связанъ общественный интересъ (каковы напр. свидѣтельствованіе на судѣ, констатированіе дня рожденія) имѣютъ по отношенію къ этимъ функціямъ болѣе строгое обязательство и могутъ подлежать наказанію даже за ненамѣренныя упущенія въ исполненіи лежащихъ на нихъ обязанностей; 2) на томъ же основаніи нѣкоторыя профессіи, требующія особыхъ гарантій, спеціальныхъ знаній, искусства, принятія предосторожностей, въ виду громадности интересовъ, которые могутъ при этомъ пострадать, подчиняются дѣйствію особыхъ правилъ, имѣющихъ цѣлью обезпеченіе этихъ общественныхъ интересовъ, а засимъ неисполненіе, хотя бы неумышленное, такихъ правилъ вызываетъ необходимость уголовной репрессіи; 3) помимо этихъ обязанностей по службѣ или профессіи, обыденная дѣятельность лица въ его частной жизни требуетъ отъ него чрезвычайной предусмотрительности, предосторожности и благоразумія, когда дѣло идетъ объ избѣжаніи такихъ возможныхъ послѣдствій дѣянія, каковы: причиненіе смерти, нанесеніе ранъ, послѣдствія коихъ не могутъ быть опредѣлены заранѣе, пожаръ или несчастія на желѣзныхъ

дорогахъ, могущія повлечь за собою неисчислимыя бѣдствія и т. п., причемъ если эти несчастія произошли по винѣ дѣятеля, хотя бы безъ злаго намѣренія съ его стороны, онъ подлежитъ наказанію. Наконецъ интересъ, общій или мѣстный, связанный съ взиманіемъ налоговъ, сохраненіемъ общественнаго спокойствія, народнаго здравія, порядка и свободы сношеній, охраною памятниковъ, публичныхъ путей сообщенія, лѣсовъ, водъ, рыбы и дичи и др. спеціальныхъ предметовъ, можетъ вызывать потребность въ подробной регламентаціи, налагающей на частныхъ лицъ обязанности или стѣсненія въ сферѣ ихъ дѣятельности, подъ страхомъ наказанія за нарушеніе подлежащихъ правилъ, хотя бы неумышленное. Этотъ родъ вины, будучи во всѣхъ случаяхъ менѣе важнымъ по сравненію съ виною умышленною, долженъ влечь за собою болѣе легкія наказанія и, за рѣдкими изъятіями, оправдываемыми особою важностью обстоятельствъ, проступки неумышленные должны занимать въ лѣстницѣ наказаній низшее мѣсто. Останавливаясь на вопросѣ о томъ, какъ должна опредѣляться виновность лица въ такихъ проступкахъ, послѣдствія коихъ превзошли намѣреніе виновнаго (напр. желая только ранить, дѣятель причиняетъ смерть; умысливъ поджогъ зданія, сжигаетъ кого-либо, незавѣдомо для него находившагося въ подожженномъ зданіи), авторъ исходитъ изъ того положенія, что если послѣдствіе было необходимымъ, неизбѣжнымъ въ силу естественныхъ законовъ и очевиднымъ для дѣятеля, послѣдній долженъ подлежать за него наказанію, какъ за предвидѣнное имъ (comme l'ayant eue en vue), такъ какъ отрицаніе имъ этого было бы безразсудствомъ и ложью. Лишь при отсутствіи или перваго изъ этихъ условій—неизбѣжнаго характера послѣдствія, или втораго—характера очевидности, можетъ возникнуть сомнѣніе въ томъ, было ли наступившее послѣдствіе воспроизведено дѣятелемъ умышленно, или нѣтъ. При отсутствіи перваго изъ этихъ условій, если притомъ данное послѣдствіе, не будучи необходимымъ, неизбѣжнымъ, является однако обычнымъ, въ нормальномъ ходѣ вещей, такъ что ненаступленіе его было бы только счастливою случайностью, дѣятель все таки подлежитъ наказанію за происшедшее, какъ за предвидѣнное имъ, и отрицаніе имъ умышленности своего дѣйствія не можетъ быть допускаемо (напр. утвержденіе виновнаго, что, поджигая или подводя мину подъ зданіе, съ знаніемъ о его обитаемости, онъ не имѣлъ намѣренія убить находившихся въ немъ людей). Но если

напротивъ того вѣроятность являлась въ смыслѣ обратномъ, т. е. если учиненное дѣйствіе обыкновенно не сопровождалось несчастными послѣдствіями, а тѣмъ болѣе, если не достаетъ втораго условія, т. е. если послѣдствіе не представлялось очевиднымъ въ глазахъ дѣятеля, если онъ имѣлъ достаточныя причины не знать о томъ или не обратить на то вниманія, въ обоихъ случаяхъ дѣятель отвѣтственъ за то преступленіе, которое имъ имѣлось въ виду, какъ за умышленное, и сверхъ того подлежитъ наказанію за послѣдствіе своего дѣйствія, какъ за причиненное неумышленно (à titre de culpabilité non intentionelle). Наконецъ 3) если дѣятель совершилъ преступленіе, принявъ на свой рискъ всякія опасныя послѣдствія, которыми оно можетъ осложниться, имѣя такимъ образомъ, по отношенію къ возможнымъ вреднымъ послѣдствіямъ своего дѣйствія, лишь неопредѣленное намѣреніе (intention indéterminée), но въ тоже время не исключая изъ своего намѣренія ни одного изъ этихъ послѣдствій (напр. подкинулъ и оставилъ маленькаго ребенка въ пустынномъ мѣстѣ безъ защиты и внѣ вѣроятной надежды на постороннюю помощь; положилъ какое нибудь препятствіе на полотнѣ желѣзной дороги съ цѣлью заставить сойти поѣздъ съ рельсовъ; сдѣлалъ выстрѣлъ въ толпу), то какія бы послѣдствія ни произошли отъ его дѣйствій, они должны быть вмѣнены ему въ качествѣ умышленнаго преступленія (lui seront imputeés à crime comme s'il les avait voulues), такъ какъ онъ вложилъ косвенно (indirectement) эти послѣдствія въ свое намѣреніе. Такое рѣшеніе вопроса примѣнимо однако къ тѣмъ только случаямъ, гдѣ послѣдствія вытекаютъ изъ дѣйствій самого виновнаго, по отношенію къ которымъ онъ, слѣдовательно, является производящею причиною (cause efficiente, cause génératrice). Если же рѣчь идетъ о такихъ косвенныхъ послѣдствіяхъ дѣянія (conséquences indirectes), которыя хотя и обусловлены были первымъ дѣятелемъ (auxquelles il a peut-être donné occasion), но произошли по инціативѣ и винѣ другаго лица, то этого рода послѣдствія не могутъ быть вмѣнены ему какъ умышленныя (напр. преступленія, совершенныя во время возстанія, не могутъ быть вмѣнены въ вину руководителямъ мятежа, если послѣдніе не принимали никакого участія въ ихъ учиненіи или даже прямо запрещали подобныя дѣйствія). Вина дѣятеля въ этихъ случаяхъ заключается во 1-хъ въ совершеніи преступленія или проступка, послужившихъ поводомъ къ возникновенію послѣдствія, и во 2-хъ въ томъ, что онъ не преду-

смотрѣлъ всѣхъ возможныхъ результатовъ своихъ дѣйствій, что должно составлять увеличивающее вину обстоятельство по отношенію къ преступленію или проступку, который былъ имъ лично совершенъ; но онъ не можетъ подлежать тому наказанію, которое слѣдовало бы ему, если бы онъ самъ былъ умышленнымъ виновникомъ. La science rationelle, замѣчаетъ авторъ, n'admet pas que nous puissions jamais encourir aucune peine publique pour d'autres actions ou inactions que les nôtres; et si nous sommes punis par suite de faits dont un autre est l'auteur, c'est que nous sommes en quelque faute à l'égard de ces faits, lors même que nous les avons ignorés: de telle sorte qu'en réalité nous sommes punis pour notre faute, la plupart du temps non intentionnelle. Nous sommes alors responsables *à l'occasion* du fait d'autrui, bien plutôt que *pour* le fait d'autrui.

VIII.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, изд. 1874 г., стр. 208 и слѣд.

Преступный умыселъ (le dol ou la résolution criminelle, l'intention de délinquer), по опредѣленію Haus'а, есть рѣшимость совершить дѣяніе, завѣдомо для виновнаго преступное. Составными элементами преступнаго умысла такимъ образомъ являются: знаніе и воля (la connaissance et la volonté). Воля, какъ элементъ умысла, должна быть понимаема не въ смыслѣ способности желать или не желать чего либо, а какъ пользованіе этою способностью (c'est l'exercice de la liberté interne, le fait de vouloir commetre telle action), точно также какъ другой элементъ умысла—знаніе есть пользованіе разсудочною способностью (l'exercice de la faculté que nous appellons intélligence). Для того, чтобы дѣйствіе могло быть вмѣнено дѣятелю въ качествѣ умышленнаго, необходимо прежде всего, чтобы ему была извѣстна законопротивность этого дѣйствія; дѣятелю должны быть извѣстны тѣ матеріальные элементы его поступка, которые сообщаютъ ему характеръ воспрещаемаго закономъ дѣянія, но нѣтъ надобности, чтобы онъ былъ убѣжденъ кромѣ того и въ безнравственности имъ совершаемаго. Вторымъ условіемъ вмѣненія лицу правонарушеніи въ качествѣ delictum dolosum является направленіе воли его къ совершенію дѣйствія, несмотря на сознаваемую преступность таковаго. Такое направленіе воли существуетъ съ момента образованія плана дѣйствовать вопреки

закону, хотя бы въ это время еще не былъ намѣченъ объектъ преступленія или же осуществленіе плана было поставлено въ зависимость отъ какого либо обстоятельства или условія. Преступная воля (la volonté de délinquer) можетъ быть обдуманною (dolus deliberatus), или необдуманною (dolus repentinus), смотря потому опредѣлилась ли она путемъ предварительнаго размышленія (par une préméditation) или по внезапному побужденію (par un premier mouvement). Не слѣдуетъ смѣшивать съ намѣреніемъ совершить преступленіе—мотивъ, опредѣлившій лицо къ дѣйствованію; свойство мотива можетъ только ослабить, но не уничтожить вполнѣ виновности дѣятеля, а потому ни умыселъ вредить (malitia) ни намѣреніе доставить самому себѣ или другимъ какія либо противозаконныя выгоды (fraus) не могутъ быть разсматриваемы, въ видѣ общаго правила, какъ условія уголовноюридической виновности. Правило это однако допускаетъ изъятіе для нѣкоторыхъ правонарушеній, завѣдомое и умышленное совершеніе которыхъ по особенностямъ ихъ юридической природы, еще не обусловливаетъ виновности дѣятеля, которая зависитъ отъ преступности мотива, опредѣлившаго дѣятеля. On doit donc distinguer la culpabilité générale (dolus generalis), qui est une condition essentielle de tout crime et de la plupart des délits, mais qui ne suffit pas toujours pour imprimer au fait illicite un caractère délictueux, et la culpabilité spéciale (dolus specialis), qui consiste dans le dessein soit de nuire, soit de procurer à soi-même ou à autrui des avantages illicites.

Для того, чтобы зло, причиненное дѣйствіемъ, могло быть вмѣнено дѣятелю въ вину въ качествѣ умышленнаго, недостаточно того, чтобы онъ хотѣлъ совершить это дѣйствіе и чтобы послѣднее было причиною, обусловившею то зло, которое произошло, но необходимо кромѣ того, чтобы воля дѣятеля была направлена на причиненіе этого зла. On peut vouloir la cause, sans vouloir l'effet. Если при этомъ дѣятель предвидѣлъ результатъ своихъ дѣйствій, то онъ является отвѣтственнымъ за неосторожное его причиненіе; онъ свободенъ отъ всякой отвѣтственности, если такое предвидѣніе было для него невозможно. Что же касается того случая, когда дѣятель предвидѣлъ послѣдствіе, то здѣсь необходимо различать, было ли причиненное зло *необходимымъ послѣдствіемъ* дѣйствія или по крайней мѣрѣ *обыкновеннымъ* его результатомъ, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ дѣятель, знавшій свойство совершаемаго имъ дѣйствія, не только долженъ былъ пред-

видѣть, но и желать причиненія этого зла. Но если, въ обыкновенномъ ходѣ вещей, учиненное дѣйствіе не сопровождается тѣмъ вреднымъ послѣдствіемъ, которое въ данномъ случаѣ произошло, то дѣятель могъ и не желать его наступленія, хотя бы и предвидѣлъ его возможность; виновность его въ этомъ случаѣ заключается въ тяжкой неосторожности, граничащей съ умысломъ (culpa dolo proxima).

Воля дѣятеля можетъ быть направлена на воспроизведеніе извѣстнаго вреда различнымъ образомъ и эти различныя модификаціи отношенія воли къ послѣдствію дѣйствія вліяютъ на мѣру виновности лица. Чаще всего дѣятель прямо имѣлъ въ виду вредъ, вытекшій изъ его дѣйствія, учиняя послѣднее именно съ цѣлью причиненія этого вреда (dolus directus). Этотъ видъ умысла представляется въ двухъ формахъ: 1) dolus determinatus, когда намѣреніе дѣятеля было направлено спеціально на то преступленіе, которое имъ было учинено или на выполненіе котораго онъ покусился, и 2) dolus indeterminatus или alternativus, когда объектомъ намѣренія не былъ исключительно опредѣленный результатъ, а въ своей общности оно обнимало всѣ болѣе или менѣе вредныя (préjudiciables) послѣдствія, которыя могли быть воспроизведены даннымъ дѣяніемъ; дѣятель желалъ наступленія того или другаго послѣдствія, каково бы оно ни было, относясь безразлично къ большей или меньшей важности результата своего дѣйствія и стараясь во что бы то ни стало (à tout risque) осуществить свое намѣреніе—причинить вредъ другому лицу. Каково бы ни было послѣдствіе дѣйствія, учиненнаго съ неопредѣленнымъ намѣреніемъ причинить вредъ, оно вмѣнимо дѣятелю какъ преднамѣренное, но только то именно послѣдствіе, которое наступило. Dolus indeterminatus determinatur eventu. Согласно этому началу, при dolus indeterminatus покушенія вовсе нельзя допустить. Чаще всего преступная рѣшимость является неопредѣленною, когда она возникаетъ по внезапному побужденію (напр. въ ссорѣ). Не слѣдуетъ смѣшивать съ dolus indeterminatus или alternativus другой видъ преступнаго умысла, которому криминалистами присвоено названіе dolus indirectus или eventualis. Намѣреніе дѣятеля направлено при этомъ на учиненіе опредѣленнаго правонарушенія, но происшедшее изъ дѣйствія виновнаго послѣдствіе выходитъ за предѣлы поставленной имъ цѣли. Если въ этомъ случаѣ причиненный вредъ былъ необходимымъ или по крайней мѣрѣ обыкновеннымъ

послѣдствіемъ дѣянія, и если притомъ дѣятелю были извѣстны тѣ условія, отъ которыхъ зависѣло воспроизведеніе послѣдствія, то на причиненное его дѣйствіемъ зло должно смотрѣть какъ на предnamѣренное. Въ самомъ дѣлѣ, хотя виновный не поставилъ себѣ цѣлью совершеніе даннаго преступленія, и дѣйствіе его было направлено къ воспроизведенію менѣе вреднаго послѣдствія, но, зная что его дѣйствіе повлечетъ за собою по всей вѣроятности болѣе тяжкое повреждение, онъ тѣмъ самымъ эвентуально хотѣлъ его: онъ предпочелъ лучше его допустить, нежели отказаться отъ осуществленія своего проекта. Ainsi, bien qu'il n'ait pas voulu directement et principalement le crime dont il est devenu la cause, bien qu'il ne l'ait pas même désiré il y a cépendant consenti pour le cas ou il résulterait du fait; ce crime était donc compris indirectement et évontuellement dans son intention. En cas de dol indéterminé, au contraire, l'intention criminelle s'applique directement et principalement, mais alternativement, à chacune des conséquences préjudiciables que le fait peut produire.

б) Опредѣленіе понятія преступной неосторожности и ея виды.

I

Wächter, Deutsches Strafrecht, стр. 160 и слѣд.

Culpa, въ узкомъ смыслѣ, въ противоположность dolus, имѣетъ мѣсто, когда то, что образуетъ объективный составъ извѣстнаго преступленія, осуществлено лицомъ противъ его воли и незавѣдомо для него (wider sein Wissen und Wollen und wider seine Billigung), причемъ однако дѣятель могъ бы избѣжать правонарушенія, если бы пріучилъ себя поступать и въ данномъ случаѣ дѣйствовалъ съ тою подобающею осмотрительностію (die gehörige Sorgfalt, Umsicht und Achtsamkeit), которую законъ вмѣняетъ каждому въ обязанность. Неосторожное (какъ слѣдствіе пренебреженія этою обязанностію) причиненіе вреда третьимъ лицамъ, хотя и происшедшее противъ воли дѣятеля, обнаруживаетъ въ послѣднемъ неуваженіе къ правовому порядку, недостатокъ требуемой правомѣрной воли. Culpa является такимъ образомъ не промахомъ разсудка, за который никто бы не могъ подлежать отвѣтственности, а недостаткомъ

воли (Willensfehler). Но, по общему правилу, простое кульпозное нарушеніе вообще ненаказуемо, и въ тѣхъ случаяхъ, когда оно влечетъ за собою наказаніе, послѣднее бываетъ значительно слабѣе, по сравненію съ наказаніемъ за долозное правонарушеніе, такъ какъ воля, направленная на преступленіе, здѣсь отсутствуетъ. Понятіе неосторожной вины предполагаетъ: 1) что легкомысленное дѣяніе дѣйствительно воспроизвело матеріальный вредъ, ибо фактъ преступнаго легкомыслія можетъ явствовать съ полною юридическою достовѣрностію (mit voller juristischen Sicherheit) только изъ наступившаго послѣдствія въ связи съ тѣми обстоятельствами, при которыхъ лицо дѣйствовало; если же легкомысленное, повидимому, дѣйствіе осталось безвреднымъ, то дѣятель можетъ сослаться на то, что самое послѣдствіе доказало отсутствіе легкомыслія въ его дѣйствіи; кромѣ того въ подобномъ случаѣ нельзя было бы рѣшить, за какое изъ возможныхъ вредныхъ послѣдствій дѣянія лицо должно быть признано отвѣтственнымъ. Было бы крайне опасно предоставлять судьѣ право карать за дѣйствія, отъ которыхъ никто не потерпѣлъ, какъ скоро они ему представляются легкомысленными, такъ какъ боязливый судья могъ бы легко дойти до смѣшенія всякаго смѣлаго, стремительнаго и отважнаго дѣйствія съ дѣйствіемъ неосторожнымъ. На этомъ же основаніи господствующее въ доктринѣ воззрѣніе и новѣйшіе кодексы не допускаютъ возможности наказуемаго неосторожнаго покушенія. Есть однако такія дѣйствія, которыя носятъ на себѣ столь явственный отпечатокъ легкомыслія и угрожаютъ правамъ другихъ лицъ настолько близкою опасностію, что, повидимому, въ нихъ самихъ можно бы найти признакъ неосторожности и наказывать ихъ, хотя бы никакого вреднаго послѣдствія и не произошло. Тѣмъ не менѣе этого нельзя допустить, въ силу вышеприведенныхъ соображеній. Государство можетъ, въ видахъ отвращенія опасности, проистекающей изъ такихъ дѣяній, которыя легко могутъ причинить вредъ, карать оныя и тогда, если они не сопровождались никакимъ вреднымъ послѣдствіемъ, но оно должно въ такомъ случаѣ прямо воспретить ихъ изданіемъ соотвѣтственнаго полицейскаго закона. Но тогда учиненіе одного изъ такихъ дѣйствій будетъ уже не покушеніемъ на неосторожный проступокъ, а оконченнымъ полицейскимъ нарушеніемъ; 2) что вредное послѣдствіе было *не желаемо* дѣятелемъ; 3) что дѣятель не проявилъ той надлежащей внимательности

и осмотрительности, при помощи которой онъ *могъ и долженъ былъ* избѣжать нарушенія. Но является вопросъ: какой внимательности требуетъ законъ? что такое *надлежащая* внимательность? Нѣкоторые криминалисты полагаютъ, что мѣра требуемой внимательности можетъ быть опредѣлена только по отношенію къ особымъ обстоятельствамъ и условіямъ совершенія даннаго дѣянія и индивидуальнымъ свойствамъ дѣятеля (Hefter, Köstlin). Но этимъ судьѣ еще не дается никакой точки опоры, такъ какъ вслѣдъ затѣмъ рождается другой вопросъ: какой внимательности должно требовать отъ даннаго дѣятеля при данныхъ обстоятельствахъ? Изъ другихъ криминалистовъ, признающихъ необходимость болѣе точнаго опредѣленія мѣры требуемой отъ дѣятеля внимательности, Martin требуетъ для существованія culpa, чтобы дѣятель находился въ возможности предвидѣть наступившее послѣдствіе, какъ не невѣроятное; Zachariä полагаетъ, что за неосторожность можетъ быть наказанъ только тотъ, кто могъ съ вѣроятностію предвидѣть правонарушительное послѣдствіе своего дѣйствія. Нельзя, замѣчаетъ по этому поводу авторъ, считать достаточнымъ для бытія culpa сознанія простой возможности дурнаго послѣдствія, ибо наличность такого сознанія возможна и въ томъ случаѣ, если вовсе нельзя было ожидать, что послѣдствіе произойдетъ; было бы однако неосновательно строить предположеніе о легкомысліи на томъ, что лицо не побудило себя воздержаться отъ совершенія дѣянія, въ виду возможности чего-либо совершенно необычайнаго и невѣроятнаго; допуская противное, пришлось бы совершенно стѣснить всякую свободную дѣятельность. Съ своей стороны Wächter склоняется къ воззрѣнію римскаго права, полагающаго границу вмѣнимой culpa въ той осмотрительности, которая свойственна всякому опытному, осторожному и разсудительному человѣку—homo diligens, дѣйствующему въ условіяхъ даннаго случая. Der eingetretene Erfolg muss also wenigstens ein solcher sein, welcher bei dem Entschlusse zur That oder bei ihrer Begehung, falls man jene Sorgfalt und Umsicht, so weit sie unter den gegeben Umständen möglich war, angewendet haben würde, sich nicht bloss als möglich denken liess, sondern ein voraussehbarer war, d. h. unter den gegebenen, dem Thäter bekannten oder mit der *Sorgfalt eines umsichtigen Mannes* erkennbaren Umständen als mögliche Folge der That so zu befürchten stand, dass ein Vorsichtiger wegen der Möglichkeit dieser Folge die That nicht begangen oder das zur Abwendung jener Folge Nöthige vorgesehen haben würde. Необходимо

однако замѣтить: а) что при сужденіи о наличности culpa должно всегда имѣть въ виду тѣ особенныя условія, въ которыхъ дѣятель находился во время дѣйствованія и въ моментъ принятія рѣшимости учинить дѣяніе, но и здѣсь все зависитъ отъ того, было ли соблюдено дѣятелемъ, при этихъ конкретныхъ условіяхъ, все то, что при тѣхъ же условіяхъ выполнилъ бы homo diligens; б) если дѣятелемъ, при учиненіи дѣянія, была соблюдена упомянутая мѣра внимательности и осмотрительности, то онъ не несетъ отвѣтственности за происшедшее отъ его дѣйствія вредное послѣдствіе, которое является тогда *случайностію.* Не каждое неосторожное правонарушеніе вызываетъ необходимость уголовноюридической реакціи: въ видѣ общаго правила, неосторожныя дѣянія должны влечь за собою только гражданскія юридическія послѣдствія—возмѣщеніе причиненнаго вреда. Такой взглядъ раздѣляется дѣйствующимъ германскимъ законодательствомъ, которое облагаетъ публичнымъ наказаніемъ лишь нѣкоторыя неосторожныя правонарушенія и не содержитъ никакого общаго постановленія о наказуемости culpa. Размѣры неосторожности и ея наказуемости опредѣляются важностію нарушеннаго права и объемомъ нарушенія, а также тѣмъ, предвидѣлъ ли дѣятель, въ моментъ рѣшимости учинить дѣяніе, его опасность или болѣе или менѣе могъ и долженъ былъ это предвидѣть (einsehen). Отсюда: неосторожность можетъ быть *сознательною* или *безсознательною*. Первая имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда дѣятель, рѣшаясь на совершеніе дѣянія, видѣлъ его опасность, но выполнилъ таковое въ легкомысленной надеждѣ, что никакого вреднаго послѣдствія не произойдетъ, а между тѣмъ оно, противъ его ожиданія и желанія, наступило. Этотъ случай нѣкоторые относятъ къ умыслу, но это рѣшительно неправильно, такъ какъ здѣсь дѣятель вовсе не хотѣлъ нарушенія и не выражалъ напередъ своего согласія на тотъ случай, если бы нарушеніе произошло. Неосторожность безсознательная существуетъ тогда, если дѣятель вовсе не сознавалъ, во время учиненія дѣянія, его опасности, но при надлежащей осмотрительности, долженъ былъ это видѣть. Оба эти вида culpa допускаютъ въ свою очередь различныя градаціи, смотря по степени легкомыслія и невнимательности. Римское право различаетъ грубую или тяжкую неосторожность (culpa lata) отъ неосторожности маловажной (culpa levis), но, замѣчаетъ Wächter, съ законодательной точки зрѣнія, правильнѣе вовсе от-

казаться отъ установленія въ кодексѣ какихъ бы то ни было опредѣленныхъ степеней неосторожности, предоставивъ судьѣ опредѣлять, въ каждомъ данномъ случаѣ, мѣру наказанія въ предѣлахъ maximum'а и minimum'а, указанныхъ въ законѣ.

II.

Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht, изд. 1881 г. стр. 117 и слѣд.

Вторая изъ двухъ формъ виновности, извѣстныхъ современному праву,—неосторожность—есть воля, какъ причина такого сопровождавшагося преступнымъ послѣдствіемъ дѣйствія, при совершеніи коего дѣятель не имѣлъ представленія о его причинности (Causalität), а именно когда дѣятель: а) при совершеніи дѣйствія пренебрегъ тою осмотрительностію (Sorgfalt), которая предписывалась нормою и представлялась необходимою, при данномъ положеніи вещей (объективный масштабъ), и когда онъ б) могъ бы предвидѣть послѣдствіе, т. е. могъ бы получить представленіе о причинности своего дѣйствія (субъективный масштабъ). Уголовноюридическая неосторожность, согласно этому, заимствованному изъ положительнаго права, началу, не заключается только въ преступной невнимательности (nicht lediglich in einer pflichtwidrigen Unachtsamkeit), въ пренебреженіи требуемою осторожностію, ибо такая невнимательность только тогда разсматривается какъ преступная неосторожность, если она была причиною дальнѣйшаго противнаго праву послѣдствія. Напр. оставленіе на проѣзжей дорогѣ лошадей съ несоблюденіемъ требуемыхъ безопасностью предосторожностей, не есть еще неосторожный проступокъ и становится таковымъ только съ того момента, когда, положимъ, лошади поскакали и причинили кому-либо поврежденіе. Мѣра надлежащей (der anzuwendenden Sorgfalt) осторожности опредѣляется при этомъ исключительно по объективной природѣ предпринятаго дѣйствія, а не по характеру дѣятеля. 2) Наступившее послѣдствіе должно быть такимъ, которое дѣятель могъ предвидѣть. Точнѣе: необходимо, чтобы дѣятелю представлялась возможность получить представленіе о причинности его дѣйствія. За основаніе къ рѣшенію этого вопроса должны быть приняты психическія способности дѣятеля, его бо́льшая или меньшая проницательность. Такимъ образомъ не неосторожное поведеніе, повлек-

шее за собою противорѣчащее праву послѣдствіе, а такое поведеніе, взятое вмѣстѣ съ индивидуальною возможностію предвидѣть преступный результатъ, образуетъ существо неосторожности по дѣйствующему уголовному праву. 3) Во всякомъ случаѣ неосторожное преступленіе должно быть дѣйствіемъ, т. е. произвольнымъ тѣлеснымъ движеніемъ, между которымъ и волею, какъ психическимъ актомъ, непосредственно возбуждающимъ двигательные нервы, можетъ быть установлена причинная связь. Необходимо лишь имѣть въ виду, что именно при неосторожномъ преступленіи дѣйствіе (въ узкомъ смыслѣ) и его послѣдствіе могутъ, по отношенію къ времени и пространству, далеко отстоять одно отъ другаго; напр. сооруженный въ Бельгіи въ 1879 году и проданный въ Берлинъ паровой котелъ лопнулъ тамъ въ 1881 году вслѣдствіе плохаго устройства предохранительныхъ клапановъ. Для вопроса о виновности дѣятеля здѣсь, какъ и всегда, рѣшающимъ моментомъ является моментъ тѣлеснаго движенія; время и мѣсто совершенія проступка опредѣляются по общимъ правиламъ, такъ что въ вышеприведенномъ примѣрѣ проступокъ является совершеннымъ въ Берлинѣ и въ тотъ моментъ, когда паровой котелъ начинаетъ дѣйствовать на фабрикѣ; конечный моментъ выполненія преступленія опредѣляется наступленіемъ преступнаго послѣдствія. Въ основѣ неосторожности лежитъ заблужденіе относительно причинности дѣйствія: представленіе о послѣдствіи и самое послѣдствіе не совпадаютъ въ какомъ либо существенномъ пунктѣ; проведеніе грани между областью умысла и областью неосторожности будетъ зависѣть отъ рѣшенія вопроса, какіе пункты въ содержаніи представленія должны быть признаны существенными. Неосторожность не есть чистая противоположность (das reine Gegenbild) умыслу; не всякая, а лишь преступная (verschuldete) ошибка составляетъ неосторожность. Тоже выражено и во второй половинѣ § 59 герм. уложенія, вторая часть которой гласитъ: „при наказуемости дѣяній, учиненныхъ по неосторожности, правило, въ силу котораго не вмѣняются дѣятелю фактическія обстоятельства, принадлежащія къ законному составу преступленія или увеличивающія его наказуемость, примѣняется лишь постольку, по скольку само невѣдѣніе не было послѣдствіемъ неосторожности“. Всѣ нормы могутъ сдѣлаться объектомъ неосторожнаго преступленія. Однако положительное право облагаетъ наказаніемъ не всякое неосторожное нарушеніе нормы. Напротивъ того оно устанавливаетъ наказуемость неосторожныхъ проступковъ какъ изъя-

тіе, которое допускается только тогда, если воля законодателя карать также и неосторожное правонарушеніе прямо выражена въ законѣ или можетъ быть съ несомнѣнностію выведена изъ общаго смысла его постановленій. Необходимо различать въ области неосторожности двѣ ступени: 1) болѣе легкій случай,—когда дѣятель имѣлъ (ошибочное) представленіе, что его дѣйствіе останется безъ послѣдствій, и 2) болѣе тяжкій случай (luxuria римскаго права)—когда дѣятель поступилъ, вообще не выработавъ никакого представленія о причинности его дѣйствія (blind drauf los). Это дѣленіе не совпадаетъ съ дѣленіемъ на сознательную и безсознательную неосторожность,—вполнѣ, по мнѣнію автора, несостоятельнымъ, такъ какъ оно основывается на совершенно неправильномъ конструированіи понятія неосторожности.

III.

Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, стр. 174 и слѣд.

Вторымъ видомъ субъективной виновности является преступная неосторожность, т. е. отвѣтственность такого лица, которое хотя и не желало наступленія извѣстнаго послѣдствія, но должно было избѣгнуть таковаго, т. е. должно было поступить такимъ образомъ, чтобы послѣдствіе это не наступило. Неосторожность не есть простая погрѣшность разсудка, но вмѣстѣ съ тѣмъ и погрѣшность воли, а потому принадлежитъ къ области уголовной неправды, насколько представляется необходимымъ, независимо отъ посягательствъ на охраняемыя правомъ отношенія, карать также и неуваженіе этихъ отношеній (Nichtachtung), нарушеніе лежащихъ на субъектѣ, касательно этихъ отношеній, обязанностей. Съ другой стороны, если и умышленная неправда карается далеко не во всѣхъ случаяхъ, то область уголовной неосторожности еще уже, именно она влечетъ за собою уголовную кару лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда повлекла за собою опредѣленное вредное послѣдствіе. Это объясняется тѣмъ, что только въ этихъ случаяхъ виновность является опредѣленною и ясно выраженьою, тогда какъ случаи, въ которыхъ кто-либо велъ себя неосторожно, но чрезъ это не произошло никакого вреднаго послѣдствія, гораздо цѣлесообразнѣе оставлять вовсе безъ разслѣдованія или же только въ особыхъ случаяхъ (стрѣльба на улицѣ, неосторожное обращеніе съ огнемъ и т. п.) подвергать полицейскимъ наказаніямъ.

Вопросъ о томъ, что должно считаться неосторожностью, можетъ быть разрѣшенъ только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, изъ разсмотрѣнія обстоятельствъ дѣла и личныхъ способностей и отношеній дѣятеля. Современное положительное право предоставляетъ рѣшеніе этого вопроса усмотрѣнію судьи, тогда какъ многіе изъ старыхъ кодексовъ считали необходимымъ опредѣлить въ законѣ понятіе преступной неосторожности. Такъ ст. 64 Баварскаго уложенія 1813 г. гласитъ: „Jeder Unterthan ist schuldig, gefährliche Handlungen zu unterlassen, und in jedem Unternehmen mit gehöriger Aufmerksamkeit und Bedachtsamkeit zu verfahren, damit er auch nicht unabsichtlich Andere an ihren Rechten verletze oder Gesetze des Staates übertrete. Wer dieser Verbindlichkeit zuwider etwas gethan oder unterlassen hat woraus ohne seine Absicht eine in diesem Gesetzbuch enthaltene Uebertretung entstanden ist, wird desshalb wegen Vergehen aus Fahrlässigkeit verantwortlich". Послѣдствіе, вытекшее изъ дѣйствія, тогда только можетъ быть вмѣнено дѣятелю за culpa, если, по обстоятельствамъ даннаго случая, на немъ лежалъ долгъ избѣжать этого послѣдствія; презумпція неосторожности никогда не можетъ имѣть мѣста, притомъ ни относительно самаго дѣянія, ни относительно обусловленнаго имъ послѣдствія. Неосторожность можетъ имѣть мѣсто не только по отношенію къ самой дѣятельности лица, т. е. обстоятельствамъ, при которыхъ эта дѣятельность происходила, но также и по отношенію къ вмѣняемости дѣятеля (напр. лицо, по собственной неосторожности, очутилось въ состояніи безчувственнаго опьянѣнія) и наконецъ по отношенію къ противозаконности дѣянія (напр. лицо умышленно наноситъ рану другому, предполагая, вслѣдствіе собственной неизвинительной ошибки, что находится въ состояніи необходимой обороны). Во всякомъ случаѣ дѣйствіе, изъ котораго проистекло послѣдствіе, должно быть совершено самимъ дѣятелемъ и никоимъ образомъ, при правильной постановкѣ вопроса, не можетъ быть признанъ наказуемымъ также и тотъ, кто по неосторожности обусловилъ неосторожную дѣятельность другаго субъекта, которая и произвела данное послѣдствіе. Хотя съ строго логической и нравственной точекъ зрѣнія отвѣтственность того, кто неосторожнымъ образомъ дѣйствій побудилъ другаго къ совершенію преступнаго дѣйствія, можетъ представляться весьма значительною, но, инкриминируя подобныя дѣйствія, пришлось бы расширить уголовноюридическую область далеко за практически-необходимыя

границы, точнѣе говоря, сдѣлать ее безграничною; а потому здѣсь такъ же не можетъ быть рѣчи объ уголовной наказуемости, какъ нельзя допустить неосторожнаго подстрекательства къ совершенію умышленныхъ преступленій. Нельзя равнымъ образомъ подвергать отвѣтственности того, кто, по неосторожности, побудилъ другаго къ причиненію себѣ, умышленно или неосторожнымъ образомъ, поврежденія (самого по себѣ ненаказуемаго). Въ той же мѣрѣ нельзя говорить о соучастіи (въ собственномъ смыслѣ) по отношенію къ неосторожнымъ дѣйствіямъ. Что касается такъ наз. степеней неосторожной вины, то разумѣется само собою, что меньшая неосторожность должна подлежать болѣе слабому, большая—болѣе тяжкому наказанію, причемъ рѣшеніе вопроса о томъ, что должно быть разсматриваемо какъ болѣе незначительная и что какъ болѣе важная неосторожность, вытекаетъ изъ понятія неосторожности. Многіе старые кодексы (Баварскій 1813 г. ст. 65, Ганноверскій 1840 г. ст. 47) различали грубую и маловажную неосторожность (grobe und geringere Fahrlässigkeit), причемъ каждому изъ этихъ видовъ соотвѣтствовали особыя карательныя постановленія; но уже Вюртембергскій кодексъ (1839 г. art. 59) поступаетъ иначе, сохраняя впрочемъ въ законѣ нѣкоторыя правила опредѣленія мѣры наказанія за неосторожность. Нынѣ дѣйствующее право не различаетъ въ законѣ степеней неосторожности, выдѣливъ лишь въ качествѣ квалифицированныхъ тѣ случаи, когда дѣятель, по занимаемой имъ должности, по своему занятію или промыслу былъ особенно обязанъ къ внимательности (R.St.G.B. § 222 и 230 ч. 2). Помимо чисто количественнаго различія въ понятіи неосторожности, выражающагося въ дѣленіи ея на тяжкую или грубую и легкую или маловажную, она дѣлится на два вида: а) неосторожность сознательная (Frevelhaftigkeit, luxuria), характеризующаяся тѣмъ, что здѣсь дѣятель еще сознавалъ возможность печальнаго послѣдствія, но поступилъ вопреки этому сознанію, въ надеждѣ избѣжать послѣдствія (во всякомъ случаѣ не имѣя желанія воспроизвести это послѣдствіе) и б) безсознательная неосторожная вина, какъ такая, при которой дѣятель не думалъ о возможности вреднаго послѣдствія.

Не подлежитъ сомнѣнію, что случаи такъ наз. сознательной неосторожной вины ближе подходятъ къ умышленной виновности, чѣмъ къ безсознательной неосторожности и вслѣд-

ствіе того должны влечь за собою высшую наказуемость. Случаи сознательной неосторожности и такъ наз. dolus eventualis часто трудно различить. Кто стрѣляетъ въ А. съ сознаніемъ, что весьма легко можетъ попасть и въ Б. не всегда еще виновенъ въ умышленномъ убійствѣ; наличность dolus можетъ быть только тогда признана, если будетъ фактически доказано, что воля была въ данномъ случаѣ направлена также и на эвентуальное повреждёніе Б. Съ другой стороны именно въ томъ обстоятельствѣ, что лицо не думаетъ о послѣдствіи своихъ дѣйствій, можетъ выражаться особо значительная степень безразличнаго отношенія (Rücksichtslosigkeit), а потому, замѣчаетъ авторъ, еще весьма сомнительно, можно ли признавать такъ наз. безсознательную неосторожность, безусловно заслуживающею меньшей наказуемости сравнительно съ неосторожностью сознательной.

Попытка Кёстлина объединить сознательную неосторожную вину (luxuria) и необдуманный умыселъ (impetus) въ одномъ понятіи, которое бы образовало среднюю ступень между dolus и culpa, не вытекая изъ природы вещей, совершенно расходится и съ воззрѣніями современнаго положительнаго законодательства.

IV.

Schaper, Die Zurechnungsfähigkeit und der verbrecherische Wille, im Holtz. Handb. стр. 179 и слѣд.

Понятіе неосторожности, какъ особаго признака наказуемости дѣянія (Straffälligkeit), вытекаетъ изъ требованія внимательнаго отношенія къ обычнымъ послѣдствіямъ человѣческихъ дѣйствій или упущеній. Она соприкасается ближайшимъ образомъ не съ уголовнымъ закономъ и его требованіями, какъ преступная воля вообще, а съ закономъ причинности, который управляетъ природою; при этомъ изъ нѣсколькихъ условій возникновенія явленія только то можетъ быть разсматриваемо, какъ причина въ юридическомъ смыслѣ этого слова, что состоитъ въ непосредственной связи съ послѣдствіемъ, какъ послѣдній неправильный актъ (als letzte regelwidrige Thatsache). Неосторожность не составляетъ первой ступени умышленныхъ уголовныхъ дѣяній, хотя послѣднія почти во всѣхъ случаяхъ заключаютъ въ себѣ элементы неосторожнаго образа дѣйствій: легкомыслія, поспѣшности, ослѣпленія и т. п. Говоря о неосторожныхъ дѣйствіяхъ, мы имѣемъ въ

виду тѣ указанія опыта, которыя давали возможность предвидѣть будущее, совокупность результатовъ дѣйствія, указанія, которыми дѣятель не воспользовался вслѣдствіе болѣе чѣмъ простой невнимательности (aus mehr als blos geringer Unaufmerksamkeit), хотя эти указанія опыта были ему извѣстны или онъ долженъ бы ихъ себѣ усвоить при помощи той прозорливости (Einsicht), которой можно ожидать отъ всякаго вмѣняемаго субъекта, или на основаніи свѣдѣній, выносимыхъ изъ ученія, упражненія и наблюденія въ сферѣ опредѣленныхъ служебныхъ обязанностей, занятій или промысла.

То обстоятельство, наступили ли послѣдствія непосредственно вслѣдъ за совершеніемъ дѣйствія или же посредственно, не имѣетъ никакого значенія. Разграниченіе между неосторожностью непосредственною и посредственною нельзя провести, а равно и подъискать для такого разграниченія юридическія основанія. Необходимо лишь, чтобы взаимная связь между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ не прерывалась присоединеніемъ такихъ новыхъ силъ (Zwischenursachen), вмѣшательство которыхъ нельзя было предвидѣть и за результатъ дѣйствія которыхъ дѣятель не можетъ поэтому нести никакой отвѣтственности. Предполагая, что указанія опыта были оставлены дѣятелемъ безъ вниманія, притомъ такія указанія, знать и пользоваться которыми было для дѣятеля обязательно и, далѣе, что произошло поврежденіе чужаго юридическаго блага, можно вообразить себѣ два возможныя случая: или дѣятель вовсе не думалъ объ указаніи опыта и только результатъ его дѣйствій напомнилъ ему о томъ—*неосторожность безсознательная;* или-же онъ думалъ объ этомъ, но надѣялся, что обстоятельства даннаго случая препятствуютъ наступленію вреднаго послѣдствія, или ожидалъ, что, въ видѣ исключенія изъ общаго правила, ничего дурнаго не случится—*неосторожность сознательная.* Второй видъ неосторожности имѣетъ большее уголовно-юридическое значеніе, чѣмъ первый, но ни въ какомъ случаѣ не образуетъ промежуточной ступени между неосторожностью и умысломъ. Основаніе наказуемости неосторожнаго дѣйствія слѣдуетъ такимъ образомъ искать не столько въ ошибкѣ, сколько въ недостаткѣ внимательнаго отношенія со стороны дѣятеля или къ указаніямъ опыта вообще, или къ индивидуальнымъ особенностямъ даннаго положенія вещей. При всей внимательности дѣятеля, возможна съ его стороны ошибка относительно одного изъ

существенныхъ моментовъ дѣянія и въ такомъ случаѣ его виновность и наказуемость отпадаютъ. Неизбѣжные обманы чувства и памяти дѣйствуютъ съ принудительною силою непреодолимыхъ стихійныхъ силъ и потому способны увлечь на ложный путь, вмѣстѣ съ сознаніемъ, и волю человѣка осторожнаго, также какъ и неосторожнаго. Но вѣйшія законодательства, въ томъ числѣ и германское уложеніе, ограничиваютъ наказуемость неосторожной вины случаями повреж денія высшихъ благъ индивида, тѣла и жизни, и поврежденіями общеопасными (является ли опасность непосредственною или посредственною, какъ при упускѣ арестантовъ, исполненіи наказанія и лжеприсягѣ), причемъ составъ неосторожныхъ преступленій заключаетъ въ себѣ тѣ же законные признаки, которые образуютъ составъ преступленій умышленныхъ. Неосторожный вредъ можетъ быть произведенъ совокупною дѣятельностію многихъ лицъ, но тѣмъ не менѣе понятіе о соучастіи непримѣнимо къ неосторожности. Недостатокъ внимательности, какъ скоро онъ является предметомъ соглашенія, переходитъ въ умышленное упущеніе; неосторожность всегда остается индивидуальной и не можетъ быть переносима на другое лицо. Подстрекательство и пособничество здѣсь немыслимы, возможно только одновременное неосторожное совершеніе однородныхъ дѣйствій.

V.

Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, стр. 242, 262 и слѣд.

Вина неосторожная, по опредѣленію Geib'а, есть воля, направленная на совершеніе или опущеніе такого дѣйствія, отъ котораго дѣйствующій или вовсе не ожидалъ наступленія извѣстнаго послѣдствія, хотя и находился въ возможности его предвидѣть, или когда, при предположеніи такого предвидѣнія, происшедшее послѣдствіе должно быть всетаки разсматриваемо не какъ желаемое, но какъ нежелаемое,—что конечно мыслимо въ томъ лишь случаѣ, когда послѣдствіе представлялось дѣйствующему такимъ, которое только можетъ быть произведено его дѣйствіемъ, а не такимъ, которое непремѣнно будетъ имъ произведено. Авторъ признаетъ слѣдующіе виды неосторожной вины (culpa): а) сознательная и безсознательная (bewusste und unbewusste culpa). Первая имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда дѣятель считалъ обусловленное его дѣйствіемъ преступное послѣдствіе возможнымъ, но не выражалъ

наперёдъ и опредѣлительно своего одобренія на случай дѣйствительнаго наступленія такого послѣдствія (какъ при dolus eventualis). Безсознательная неосторожность существуетъ въ томъ случаѣ, когда дѣятель не имѣлъ представленія о преступномъ послѣдствіи своего дѣянія, но, при надлежащемъ усиленіи внимательности, могъ представить его себѣ какъ возможное или даже вѣроятное. Безсознательная неосторожность отграничивается отъ случая тѣмъ, что она не допускаетъ безусловнаго опредѣленія ея для всѣхъ конкретныхъ случаевъ, а должна опредѣляться относительно, т. е. въ зависимости отъ индивидуальной стороны дѣйствующаго, именно: былъ ли онъ въ состояніи думать о наступившемъ послѣдствіи, какъ о возможномъ, или нѣтъ. Наказуемость сознательной неосторожности повышается или падаетъ, смотря по большей или меньшей отчетливости, съ которою дѣятель представлялъ себѣ возможность наступившаго послѣдствія; наказуемость неосторожности безсознательной будетъ выше или ниже, смотря по большей или меньшей легкости, съ какой дѣятель могъ и долженъ былъ представить себѣ эту возможность или вѣроятность. Отсюда вытекаетъ невозможность установленія опредѣленнаго числа ступеней или градацій неосторожной вины.

Въ случаѣ совпаденія въ одномъ и томъ же дѣйствіи умысла и неосторожности, дѣйствіе лица слагается изъ двухъ различныхъ частей или элементовъ, т. е. рядомъ съ умышленнымъ преступленіемъ здѣсь привходитъ и неосторожное, а потому къ подобнымъ случаямъ должны имѣть примѣненіе общія правила о стеченіи преступленій. Какъ техническое обозначеніе такого совпаденія умысла и неосторожности, одинаково непригодны, по мнѣнію автора, старая терминологія—dolus indirectus, и новая—culpa dolo determinata, въ виду того, что по самой природѣ вещей нельзя установить понятіе какого-то средняго между dolus и culpa состоянія. По правиламъ о стеченіи преступленій: умышленнаго покушенія и неосторожнаго выполненія долженъ быть обсуждаемъ и тотъ случай, когда преступникъ полагаетъ, что уже произвелъ извѣстнымъ своимъ дѣйствіемъ преднамѣренное имъ послѣдствіе, на дѣлѣ же производитъ таковое новымъ дѣйствіемъ, разсчитаннымъ на достиженіе совершенно иной цѣли; если же вопросъ о томъ, не продолжало ли существовать у дѣятеля, и въ моментъ совершенія имъ позднѣйшаго дѣйствія, первоначальное намѣреніе, или это дѣйствіе должно быть признано вытекшимъ изъ побуж-

денія, совершенно отличнаго отъ первоначальнаго,—представляетъ значительныя фактическія трудности для его разрѣшенія, тѣмъ не менѣе устраненіе этихъ трудностей возможно лишь на основаніи общихъ началъ уголовнаго процесса.

VI.

Wahlberg, Die strafrechtliche Fahrlässigkeit (Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht, Strafprocess etc. Т. III. изд. 1882 г. стр. 268 и слѣд.

Источникомъ неосторожной вины является, по мнѣнію автора, не логическая ошибка со стороны дѣятеля, которую можно было устранить (какъ учила старая школа), а недостатокъ правомѣрной воли, выражаемый словами: невнимательность, забывчивость, небрежность, легкомысліе, вялость мышленія, лѣность воли.

Es ist ein allgemein anerkanntes und keineswegs ausschliesslich rechtliches Gebot dass Jeder bei seinem äusseren Verhalten mit Achtsamkeit vorzugehen habe, damit er auch nicht unabsichtlich die Rechtsordnung und die Sicherheit Anderer verletze. Wer aus Bequemlichkeit, Unachtsamkeit, Leichtsinn sich jene Sorgfalt und Behutsamkeit nicht angewöhnt und zur Lebensregel erhoben hat, die uns im Verhalten zu anderen zur Pflicht gemacht ist, bethätigt nicht das erforderliche Interesse für die Achtung der Gebote und Verbote der socialethischen und rechtlichen Ordnung und beweist einen Mangel an dem rechtlichen Willen, den Umständen nach eine bis zus Strafbarkeit vorschreitende Rücksichtslosigkeit und Frivolität. Тотъ, кто по небрежности и невнимательности вообще не предвидѣлъ легко возможныя дурныя послѣдствія своего поведенія, не могъ имѣть о нихъ и неправильнаго представленія. Уже на этомъ основаніи нельзя въ каждомъ случаѣ неосторожности видѣть заблужденіе касательно причинности дѣйствія (Jrrthum über Causalität einer Handlung). Только въ томъ случаѣ, если неосторожный думалъ о возможности наступленія дурныхъ послѣдствій при данныхъ условіяхъ и составилъ себѣ ложное о нихъ представленіе, можно говорить о заблужденіи съ его стороны.

Не всякое незнаніе послѣдствій можетъ быть отождествляемо съ неправильнымъ о нихъ представленіемъ. Кто проявилъ недостатокъ правомѣрной воли тѣмъ, что не обдумалъ послѣдствій своего внѣшняго поведенія, является виновнымъ въ неосторожности, хотя бы здѣсь не было никакой ошибки относительно

причинности неосторожнаго поведенія. In einem solchen Falle liegt kein Irrthum, kein Verstandesfehler vor; nur willensträge Lässigkeit seine Aufmerksamkeitspflicht zu erfüllen und die gehörige Sorgfalt anzuwenden. Недостатокъ разсудительности и недостатокъ воли могутъ совмѣщаться въ одномъ и томъ же неосторожномъ преступленіи. но ни въ какомъ случаѣ существо послѣдняго не можетъ заключаться только въ промахѣ разсудка безъ всякаго участія вины воли. Столь же мало можно основывать отвѣтственность за culpa на существованіи т. наз. безсознательнаго хотѣнія вреднаго послѣдствія (ein sogenanntes unbewusstes Wollen des schlimmen Erfolges). Если хотѣніе чего либо (das Wollen von Etwas) является такимъ желаніемъ (Begehren), которому сопутствуетъ представленіе о достижимости сознательно желаемаго, то мнимо безсознательному хотѣнію недостаетъ, по справедливому замѣчанію Volkmann'a (Lehrbuch der Psychologie), или безсознательности или дѣйствительнаго хотѣнія. Конструированіе понятія уголовной неосторожности на началѣ безсознательнаго хотѣнія потому уже не можетъ привести къ какимъ либо практическимъ результатамъ, что отвѣтственность дѣятеля ограничивается исключительно тѣми послѣдствіями его поведенія, которыя онъ предвидѣлъ или могъ предвидѣть (die vorausgesehen oder voraussehbaren Folgen).

При неисчерпаемомъ разнообразіи конкретныхъ обстоятельствъ и индивидуальныхъ особенностей дѣятеля, обусловливающихъ недостаточную осмотрительность въ его поведеніи, нѣтъ никакой возможности выработать какія либо точныя правила для опредѣленія размѣровъ неосторожности, а тѣмъ болѣе нельзя допустить установленіе въ законѣ строго опредѣленныхъ степеней неосторожной вины; все, что можно допустить,—это различеніе неосторожности грубой и маловажной, смотря по важности угрожавшей опасности, большей или меньшей легкости, съ какою можно было предвидѣть возможность наступленія вреднаго послѣдствія. Но и это правило допускаетъ изъятія. Такъ наз. lascivia, luxuria, когда дѣятель хотя и созналъ опасность своего предпріятія, но, не взирая на то, сталъ дѣйствовать, въ легкомысленномъ ожиданіи, что дурнаго послѣдствія не произойдетъ, не всегда является болѣе тяжкою формою виновности, чѣмъ такая неосторожность, при которой дѣятель, по лѣности мышленія, не отдалъ себѣ отчета объ опасномъ характерѣ его поведенія, хотя могъ и долженъ былъ сознавать это. Тотъ, кто вообще не проявилъ требуемой

внимательности и, дѣйствуя беззаботно, на удачу, вторгся въ причинный ходъ явленій внѣшняго міра, можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ представляться опаснѣе, чѣмъ тотъ, кто, сознавая опасность своего поведенія, поступаетъ недостаточно осмотрительно, или легкомысленно преувеличиваетъ свои силы. Не всякое поведеніе, являющееся по общему своему характеру неосторожнымъ, обосновываетъ наказуемую неосторожность. Возникшее, помимо намѣренія дѣятеля, правонарушеніе можетъ находиться въ причинной связи съ его дѣйствіемъ и въ тоже время не подходить подъ понятіе неосторожности въ смыслѣ уголовнаго закона, потому ли, что правонарушеніе явилось результатомъ невѣдѣнія какого либо иного (не уголовнаго) закона, или же потому, что наступившее противозаконное послѣдствіе является необычайнымъ, исключительнымъ, а между тѣмъ дѣятель обязанъ былъ только предвидѣть обыкновенныя послѣдствія своихъ дѣйствій.

Уголовное законодательство, полагающее въ основу своихъ общеобязательныхъ постановленій идею т. наз. средняго человѣка, надѣленнаго среднею способностью къ выполненію предписаній закона, должно соразмѣрять свои требованія съ обыкновенною въ человѣкѣ разсудительностію и среднею степенью силы воли. Отсюда и по отношенію къ обязанности быть осторожнымъ въ своемъ поведеніи, уголовный законъ требуетъ отъ всякаго лишь той доли предосмотрительности и заботливости, которая обыкновенно наблюдается въ каждомъ дѣеспособномъ лицѣ, воспитавшемся въ школѣ гражданскаго общежитія (понятіе homo diligens въ гражданскомъ правѣ). Эта мѣра требуемой внимательности можетъ быть опредѣлена только по отношенію къ даннымъ конкретнымъ обстоятельствамъ. Erst mit Rücksicht auf die Thatbestandsmomente und die concreten Umstände des einzelnen Falles kann das rechtliche Mass der gehörigen Vorsicht, Obhut, Verwahrung u. s. w. getroffen werden. Es wäre mithin ein arger Misgriff, nur einen abstracten Begriff der Aufsicht, Obhut u. s. w. zur Anwendung zu bringen..... Massgebend ist eben nur die gewöhnliche durchschnittliche Aufmerksamkeit und Sorgfalt, welche rechtlich gesinnte verständige Menschen, in gleicher oder ähnlicher Lage, anzuwenden pflegen. Опредѣляя общій уровень требуемой при данныхъ условіяхъ внимательности, законодатель съ одной стороны не долженъ стѣсняться тѣмъ, что отдѣльныя лица могутъ встрѣчать затрудненія въ принятіи предосторожностей, требуемыхъ для избѣжанія легко возможныхъ вредныхъ по-

слѣдствій, но съ другой стороны не долженъ устанавливать какихъ либо ограниченій въ дѣятельности лица единственно въ виду абстрактной возможности вреднаго послѣдствія. Тому, кто былъ бы обязанъ не предпринимать никакого опаснаго дѣйствія, оставалось бы переселиться на необитаемый островъ. И смѣлыя предпріятія являются правомѣрными, если выполненіе ихъ обставлено всѣми тѣми предосторожностями, которыя, по указаніямъ опыта, способны отвратить легко возможныя вредныя послѣдствія или опасность; обязанность оставить такое предпріятіе возникаетъ для дѣятеля лишь тогда, если онъ предвидитъ невѣроятность или полную невозможность отвратить вредное послѣдствіе посредствомъ осторожнаго образа дѣйствій. Но налагать обязанность предвидѣть также и необычайныя послѣдствія, предъявлять такимъ образомъ требованія, возвышающіяся надъ уровнемъ обыкновенной нормальной внимательности, законъ юридически можетъ только къ такимъ лицамъ, которыя, въ силу своихъ особыхъ обязанностей и познаній, призваны дѣйствовать съ исключительною предусмотрительностію. Если бы требованіе такой усиленной предусмотрительности сдѣлалось общимъ, то въ результатѣ продолжительное душевное напряженіе, непрерывное сосредоточеніе заботливости на избѣжаніи всѣхъ возможныхъ, даже и необычайныхъ опасныхъ послѣдствій дѣянія, или вызвало бы аффективное состояніе, или же вслѣдствіе утомленія, перешло бы въ другую крайность—полную невнимательность. Наконецъ, при этомъ условіи не было бы болѣе мѣста случаю въ юридическомъ смыслѣ.

Преступная неосторожность существуетъ лишь тогда, если дѣятель при самомъ началѣ дѣйствія недостаточно выполнилъ лежавшую на немъ обязаность внимательнаго отношенія къ послѣдствіямъ дѣйствія; но если необходимая при дѣйствованіи осмотрительность исчезла подъ вліяніемъ нечаянной случайности, нездоровья, внезапнаго аффективнаго замѣшательства, или утомленія, то наступленіе при такихъ условіяхъ вреднаго послѣдствія не можетъ быть вмѣнено дѣятелю за culpa. Jst die bei angestrengter Achtsamkeit vermeidlich gewesene Abwendung übler Folgen unterblieben, weil sich der zu dieser Verpflichtete in einem unverschuldeten Geistes- und Gemüthszustande befand, welche die besonnene Ueberlegung oder die ausreichende Beobachtung der Vorsichten ausschliesst, so kann von einer strafbaren Sorglosigkeit nicht die Rede sein.

При кульпозныхъ преступленіяхъ незнаніе послѣдствій дѣй-

ствія лишь въ такомъ случаѣ устраняетъ ихъ вмѣнимость въ вину дѣятелю, если самое незнаніе не является слѣдствіемъ преступной неосторожности; съ такимъ же значеніемъ является и неосторожная ошибка. Самымъ плохимъ оправданіемъ для обвиняемаго въ неосторожномъ дѣйствіи можетъ служить объясненіе его о томъ, что онъ не подумалъ или совершенно позабылъ о возможномъ послѣдствіи своего поступка. Если обвиняемый не высказалъ надлежащей внимательности къ обычнымъ послѣдствіямъ своего дѣянія или упущенія и тѣмъ вызвалъ какое либо несчастіе, то онъ является за это отвѣтственнымъ и въ томъ случаѣ, если бы наступленію вреднаго послѣдствія содѣйствовало безразсудное поведеніе или собственная неосторожность потерпѣвшаго или другихъ лицъ. Содѣйствіе другихъ, отъ воли виновнаго независящихъ факторовъ, не служитъ извиненіемъ его собственнаго неосторожнаго поведенія; то же обстоятельство, возникло ли уголовноюридическое послѣдствіе непосредственно изъ дѣйствій виновнаго, или же, будучи только первоначально имъ обусловлено, наступило, благодаря содѣйствію другихъ посредствующихъ причинъ, не имѣетъ само по себѣ значенія, какъ скоро вліяніе этихъ посредствующихъ условій (Zwischenursachen) дѣятель, при надлежащей осмотрительности, могъ предвидѣть. Причинная связь между неосторожнымъ поведеніемъ лица и противозаконнымъ послѣдствіемъ существуетъ уже тогда, если это послѣдствіе было только обусловлено даннымъ образомъ дѣйствій и притомъ могло быть избѣгнуто. Въ этомъ же смыслѣ разъясненъ вопросъ и въ кассаціонномъ рѣшеніи 26 Ноября 1881 г. (Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, 1882, № 12), въ которомъ между прочимъ говорится: „Es ist unzweifelhaft, dass zur Strafbarkeit des Delictes nicht gefordert werde, dass der Erfolg blos durch das von dem Beschuldigten gesetzte Handeln oder Unterlassen eingetreten sei, sondern dass es genügt, wenn zwischen diesem Erfolge und der Unterlassung überhaupt ein Causalnexus besteht, dass also wenigstens den jenen Erfolg erzeugenden Umständen menschliche Thätigkeit jene Richtung gab, die für den Eintritt des Erfolges massgebend war, selbst wenn dieses Handeln oder Unterlassen den Eintritt des Erfolges nur sicherte, denselben steigerte oder beschleunigte."

VII.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, стр. 222 и слѣд.

Отличительный характеръ неосторожной вины заключается въ небрежности дѣятеля (négligence), источникъ которой лежитъ въ

недостаткѣ той твердой и постоянной воли (constans ac perpetua voluntas) избѣгать всего того, что могло бы вредить интересамъ публичнымъ или частнымъ. Преступныя дѣянія, совершаемыя по неосторожности, могутъ поэтому быть названы délits de négligence, а также involontaires, ибо хотя дѣйствіе, причинившее вредъ, является умышленнымъ, но дѣятель не желаетъ наступленія послѣдствія, которое онъ долженъ былъ предвидѣть или предупредить. Бельгійскій code pénal караетъ, въ видѣ общаго правила, неосторожность только тогда, когда произошелъ вредъ, который долженъ быть приписанъ небрежности дѣятеля; если впрочемъ рѣчь идетъ о какомъ-либо нарушеніи спеціальныхъ законовъ или правилъ, напр. законовъ фискальныхъ, касающихся производства нѣкоторыхъ промысловъ, ремеслъ или занятій, то неосторожная вина наказывается, хотя бы и не сопровождалась вреднымъ послѣдствіемъ. Отвѣтственность за неосторожное причиненіе вреда зависитъ отъ обстоятельствъ даннаго случая и личныхъ качествъ дѣятеля. По этому опредѣленіе степени неосторожной вины принадлежитъ совѣсти судьи, который въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ принять въ соображеніе возрастъ, полъ и другія личныя качества обвиняемаго, свойства дѣйствія, причинившаго вредъ, и обстановку его совершенія. Неосторожная вина представляетъ самыя разнообразныя формы и модификаціи. Виновность въ неосторожности обусловливается невѣжествомъ, неловкостью или неопытностью, недальновидностью, неблагоразуміемъ, невнимательностью, беззаботностью, лѣностью, бойкостью, дерзкою смѣлостью и т. п. Но при ближайшемъ анализѣ отличительныхъ признаковъ всѣхъ этихъ модификацій неосторожной вины, оказывается возможнымъ свести ихъ къ двумъ главнымъ формамъ, изъ которыхъ каждая допускаетъ нѣсколько степеней: а) неосторожность безъ предвидѣнія и б) неосторожность съ предвидѣніемъ (la faute sans prévoyance et la faute avec prévoyance). Соотвѣтственно этому бельгійскій code pénal различаетъ два вида неосторожной вины, обнимающіе всѣ прочіе ея виды: недостаточную предусмотрительность и недостаточную предосторожность. Неосторожность безъ предвидѣнія состоитъ въ томъ, что дѣятель вовсе не предвидѣлъ вредъ, проистекшій изъ его дѣйствія (или бездѣйствія), но который онъ могъ предвидѣть. Этотъ видъ неосторожной вины допускаетъ двѣ модификаціи: 1) дѣятелю не было извѣстно свойство его дѣйствія; онъ не зналъ, что оно способно произвести то по-

слѣдствіе, причиною котораго оно затѣмъ сдѣлалось—здѣсь мы имѣемъ передъ собою незнаніе или заблужденіе относительно какого либо частнаго факта или его существенныхъ условій, но дѣятель виновенъ въ томъ, что пренебрегъ пріобрѣтеніемъ знаній, свѣдѣній, которыя могли бы его вразумить; 2) дѣятелю было извѣстно свойство его дѣйствія; онъ зналъ, что оно можетъ повлечь за собою вредныя послѣдствія, но ему не пришло въ голову то несчастіе, которое затѣмъ произошло. Внутреннею причиною преступнаго дѣянія является такимъ образомъ преступная невнимательность, необдуманность. Неосторожная вина съ предвидѣніемъ случившагося представляется болѣе важною. Дѣятель здѣсь предвидѣлъ происшедшее несчастіе, какъ возможное, и потому долженъ былъ предупредить его, или принятіемъ необходимыхъ предосторожностей для его избѣжанія, или воздержаніемъ отъ дѣйствованія. Этотъ видъ неосторожной вины сближается съ умысломъ въ томъ, что дѣятель сознаетъ возможность зла, которое имъ причинено, но существенно разнится отъ него тѣмъ, что виновникъ послѣдствія не имѣлъ намѣренія его воспроизвести La faute voisine du dol suppose que le mal causé est entré dans les prévisions de l'agent comme une conséquence possible de son action. Que si l'événement était une conséqnence nécessaire ou du moins habituelle du fait qui l'a produit, l'auteur qui connaissait la nature et les circonstances de son action, devait en avoir prévu et voulu le résultat. Если умышленно учиненное дѣятелемъ правонарушеніе повлекло за собою такія вредныя послѣдствія, которыхъ онъ не предвидѣлъ, но однако могъ предвидѣть, или хотя предвидѣлъ, но не желалъ, то мы имѣемъ стеченіе преступнаго умысла и неосторожности, такъ наз. culpa dolo determinata, которую не слѣдуетъ смѣшивать съ dolus indirectus или eventualis. Послѣдній предполагаетъ, что дѣятель предвидѣлъ и желалъ то зло, которое вытекло изъ преступнаго дѣянія, хотя причиненіе этого зла и не было его цѣлью, тогда какъ при culpa dolo determinata дѣятель совсѣмъ не предвидитъ, что зло произойдетъ или по крайней мѣрѣ не желаетъ его. Стеченіе умысла и неосторожности происходитъ главнымъ образомъ при двухъ предположеніяхъ: 1) Если дѣятель, имѣя намѣреніе совершить опредѣленное правонарушеніе, причинилъ болѣе тяжкій вредъ, но не предвидѣлъ результатъ своего дѣйствія, хотя и могъ его предвидѣть, то здѣсь неосторожность безъ предвидѣнія является въ совокупности съ

умысломъ и такое стеченіе по общему правилу составляетъ основаніе для квалификаціи преступленія или проступка (une cause d'aggravation du crime ou du délit intentionnel); поэтому если законъ не устанавливаетъ на этотъ случай спеціальнаго наказанія, то имѣется совокупность двухъ преступленій, умышленнаго и неумышленнаго, причемъ примѣняется наказаніе болѣе строгое. 2) Если результатъ преступнаго дѣйствія не составлялъ его необходимаго или обыкновеннаго послѣдствія, то дѣятель могъ предвидѣть возможность такого результата и тѣмъ не менѣе не желать его наступленія; въ этомъ случаѣ является стеченіе неосторожности съ предвидѣніемъ (une faute avec prevoyance, une faute voisine du dol) и умысла. Въ этомъ случаѣ вредъ, ненамѣренно причиненный дѣятелемъ, всегда составляетъ квалифицирующее обстоятельство съ точки зрѣнія закона, который караетъ этотъ видъ culpa dolo determinata строже, нежели первый, чаще всего даже приравниваетъ его къ умыслу.

Опредѣленіе понятія покушенія, его виды и наказуемость.

(ст. 45 проекта редакціонной коммисіи).

I.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, изд. 1881 г. стр. 331 и слѣд.

Нормою для рѣшенія вопроса о томъ, слѣдуетъ ли разсматривать извѣстное дѣйствіе, въ техническомъ смыслѣ уголовнаго права, какъ оконченное или только какъ покушеніе, служитъ исключительно намѣреніе (Absicht) дѣятеля.

Въ самомъ дѣлѣ, если исходить при рѣшеніи этого вопроса отъ наличности соотвѣтствія между дѣяніемъ въ конкретномъ случаѣ и нормированнымъ въ законѣ составомъ преступленія, то въ этомъ смыслѣ дѣяніе могло бы быть названо оконченнымъ безотносительно къ тому, было ли оно учинено умышленно или по неосторожности. Но такъ какъ понятіе оконченнаго преступленія противополагается понятію покушенія, то отсюда слѣдуетъ, что только съ умысломъ учиненное дѣяніе можетъ быть характеризуемо какъ оконченное, ибо только объемъ намѣренія (nach Massgabe des Beab-

sichtigten) даетъ возможность различать, получило ли преднамѣренное дѣятелемъ свое полное осуществленіе, или нѣтъ.

Согласно сему авторъ опредѣляетъ покушеніе на преступленіе (versuchtes Verbrechen), какъ такое дѣйствіе, въ которомъ преступное намѣреніе не достигло своего полнаго осуществленія. Покушеніе въ техническомъ уголовноюридическомъ смыслѣ этого слова является понятіемъ болѣе узкимъ сравнительно съ тѣмъ значеніемъ, которое это слово имѣетъ въ обыденной жизни, такъ какъ уголовнсе право разсматриваетъ совершившееся только по отношенію къ намѣренію (Absicht) дѣятеля, а не къ конечной цѣли дѣйствія, вслѣдствіе чего то, что въ глазахъ дѣятеля представляется неудавшимся покушеніемъ (потому, что поставленная имъ цѣль вовсе или отчасти не достигнута) можетъ оказаться, съ точки зрѣнія уголовнаго права, оконченнымъ преступленіемъ. Такъ какъ покушеніе предполагаетъ намѣреніе учинить преступное дѣяніе, то оно не можетъ имѣть мѣста въ случаяхъ мнимыхъ преступленій (Wahnverbrechen), ибо здѣсь намѣреніе относится къ дѣянію ненаказуемому, которое дѣятель, по юридическому заблужденію, считалъ преступнымъ. Не можетъ быть, далѣе, рѣчи о покушеніи на неосторожное преступленіе. Противъ допустимости кульпознаго покушенія обыкновенно считается достаточнымъ аргументомъ то соображеніе, что въ неосторожномъ дѣйствіи отсутствуетъ стремленіе къ воспроизведенію послѣдствія, характеризующее понятіе покушенія, но изъ этого только слѣдуетъ, что къ такому дѣйствію не приложима характеристика покушенія. Вопросъ однако заключается лишь въ томъ наказуема ли проявившаяся въ дѣйствіи неосторожность и тогда, если она не повлекла за собою никакихъ послѣдствій. Хотя нѣтъ ни одного человѣческаго дѣйствія, которое бы не обусловливало возможности наступленія ненамѣреннаго вреднаго послѣдствія, тѣмъ не менѣе возможность различать дѣйствія опасныя, менѣе опасныя и безопасныя, смотря по большей или меньшей вѣроятности возможнаго послѣдствія представляется несомнѣнною. На этомъ основаніи законъ можетъ воспретить подъ страхомъ наказанія самое совершеніе, извѣстныхъ дѣйствій, безотносительно къ ихъ результату, но въ такомъ случаѣ наказуемость предполагаетъ, помимо объективной опасности дѣйствія, и субъективную виновность дѣятеля. Такая виновность существуетъ, если учинено такое дѣйствіе, которое воспрещено закономъ подъ страхомъ наказанія вслѣдствіе его опа-

сности, но дѣятель въ этомъ случаѣ подвергается наказанію не за выказанную имъ неосторожность, неимѣвшую никакого послѣдствія, а за ослушаніе запрету закона. Въ другихъ же случаяхъ о наказуемости безрезультатной неосторожности не можетъ быть рѣчи, по отсутствію момента вины, ибо уголовная неосторожность предполагаетъ не обязанность лица воздерживаться отъ всякаго, объективно опаснаго дѣянія, а только обязанность дѣйствовать съ тою внимательностію, которая необходима для того, чтобы устранить содѣйствіе условій, благопріятствующихъ наступленію вреднаго послѣдствія. Если преднамѣренное дѣйствіе выполнено и не причинило вреднаго послѣдствія, то тѣмъ самымъ удостовѣряется, что оно въ конкретномъ случаѣ было неопасно и что лицо поступало съ надлежащею осторожностію; если же умышленная дѣятельность прервана прежде, чѣмъ она воспроизвела преднамѣренное послѣдствіе, то является невозможнымъ опредѣлить, повлекла ли бы эта дѣятельность за собою въ своемъ дальнѣйшемъ ходѣ неумышленное вредное послѣдствіе и можетъ ли она быть разсматриваема какъ преступная.

Никакой видъ dolus'а не исключаетъ возможности покушенія. Если умышленная дѣятельность лица направлена къ осуществленію не одного, а нѣсколькихъ преступныхъ намѣреній, то въ результатѣ можетъ получиться стеченіе нѣсколькихъ покушеній (Versuchshandlungen) или стеченіе покушенія и оконченнаго преступленія. Если намѣреніе является альтернативно-опредѣленнымъ, направленнымъ на то или другое изъ двухъ, взаимно исключающихъ другъ друга послѣдствій, то намѣреніе будетъ только одно и тѣмъ самымъ исключается возможность стеченія нѣсколькихъ наказуемыхъ дѣйствій; если не наступило ни одно изъ альтернативно-преднамѣренныхъ послѣдствій, то дѣйствіе является покушеніемъ на тягчайшее преступленіе; если наступило менѣе преступное послѣдствіе, то является такъ называемая идеальная совокупность совершенія и покушенія, т. е. оконченное менѣе преступное дѣяніе должно быть наказано не какъ оконченное, а какъ покушеніе на болѣе тяжкое преступленіе, причемъ то обстоятельство, что дѣйствіе, составляющее покушеніе, является вмѣстѣ съ тѣмъ и оконченнымъ преступленіемъ, имѣетъ значеніе только для опредѣленія мѣры наказанія. Если наступило болѣе тяжкое изъ преступныхъ послѣдствій, то является только одно оконченное преступленіе и тогда намѣреніе, альтернативно на-

правленное на менѣе преступное дѣяніе, не можетъ уже быть принято въ разсчетъ, ибо дѣятельность, насколько ею управляло такое намѣреніе, будетъ во всякомъ случаѣ покушеніемъ на болѣе тяжкое преступленіе, которое, слѣдовательно, не можетъ наказываться независимо отъ преступленія оконченнаго. Равнымъ образомъ не исключаетъ возможности покушенія и дѣйствіе, учиненное въ аффектѣ.

Старая нѣмецкая доктрина дѣлала различіе между покушеніемъ отдаленнымъ и ближайшимъ, признавая первое менѣе наказуемымъ; новѣйшее же нѣмецкое законодательство, по примѣру Code pénal, выдѣлило изъ области покушенія дѣйствія, называемыя въ отличіе отъ него приготовительными, объявивъ ихъ ненаказуемыми, причемъ къ области покушенія наказуемаго отнесены всѣ дѣйствія, являющіяся началомъ выполненія преднамѣреннаго преступленія или проступка. Отыскать какую-либо норму для отграниченія покушенія отъ приготовительныхъ дѣйствій возможно лишь при томъ условіи, если основаніе къ такому разграниченію будетъ заключаться не исключительно въ соображеніяхъ уголовной политики и вообще моментахъ, для понятія покушенія безразличныхъ, а будетъ выведено изъ существа понятія покушенія. Такое основаніе нельзя видѣть въ томъ, что при приготовительныхъ дѣйствіяхъ еще отсутствуетъ та твердость преступной рѣшимости, которая впервые обнаруживается при начавшемся выполненіи преступленія, ибо преступная стойкость не зависитъ отъ большей или меньшей близости дѣятельности къ совершенію и въ большинствѣ случаевъ только уже выполненное преступленіе можетъ служить въ этомъ отношеніи достаточнымъ критеріемъ; ибо даже оконченное покушеніе не всегда исключаетъ возможность исчезновенія преступной рѣшимости и воспрепятствованія со стороны дѣятеля наступленію послѣдствія. Основаніе для разграниченія нельзя далѣе искать въ томъ, что покушеніе, а не приготовленіе, является объективно опаснымъ дѣяніемъ, ибо неопасность перваго доказывается тѣмъ, что оно не привело къ выполненію преступленія и во всякомъ случаѣ съ этой стороны различіе является чрезвычайно шаткимъ. Нельзя равнымъ образомъ основывать такое разграниченіе на томъ, что приготовленіе по времени отдѣляется отъ совершенія, тогда какъ покушеніе есть такое дѣйствіе, посредствомъ котораго дѣяніе выполняется безъ дальнѣйшаго перерыва въ дѣятельности виновнаго, которое пред-

ставляется сознанію дѣятеля какъ средство, находящееся съ цѣлью въ непрерывной связи, и должно непосредственно воспроизвести объективный составъ преднамѣреннаго преступленія; этимъ путемъ нельзя получить никакой нормы, на основаніи которой бы можно было рѣшить, должно ли дѣйствіе, по своему объективному свойству, разсматриваться какъ приготовленіе или какъ покушеніе, ибо здѣсь понятіе *начала исполненія* опредѣляется исключительно субъективнымъ направленіемъ воли дѣятеля. Еще менѣе такое разграниченіе можетъ быть сведено къ тому, что, въ отличіе отъ приготовленія, покушеніе, какъ начало выполненія дѣйствія, является частію объективнаго состава преступленія, такъ какъ пользованіе этимъ признакомъ для разграниченія обоихъ понятій, привело бы къ казуистикѣ или предоставленію судьѣ рѣшать этотъ вопросъ въ конкретныхъ случаяхъ, что прямо было бы равносильно признанію невозможности подъискать принципіальное основаніе разграниченія.

Съ субъективной стороны всякое дѣйствіе лица, предпринятое въ намѣреніи учинить преступленіе, имѣетъ одно и тоже значеніе, какъ проявленіе и результатъ опредѣленнаго умысла, даже въ томъ случаѣ, если послѣдній будетъ такъ наз. условнымъ. Положимъ, что дѣятель смотрѣлъ на свою дѣятельность только какъ на приготовительную и различалъ ее, какъ таковую, отъ выполненія преступленія, во всякомъ случаѣ рѣчь идетъ только о большей или меньшей близости ея къ совершенію, о постепенномъ различіи, недопускающемъ установленія прочныхъ границъ между приготовленіемъ и покушеніемъ. Съ объективной стороны значеніе дѣятельности въ ея отношеніи къ тому, что подлежитъ выполненію — является точно такимъ же. Все то, что дѣлается въ видахъ осуществленія преступнаго намѣренія, имѣетъ въ представленіи и волѣ дѣятеля значеніе (den Werth) условія наступленія преднамѣреннаго результата. Всѣ условія по отношенію къ послѣдствію одинаково существенны и необходимы и каждое такое условіе воспроизводится дѣятелемъ, какъ подготовляющее наступленіе послѣдствія; засимъ, было ли то, что дѣятель считалъ условіемъ наступленія послѣдствія, таковымъ въ дѣйствительности—это можно рѣшить только по наступленіи послѣдствія. Такимъ образомъ, съ объективной точки зрѣнія, различіе между отдѣльными моментами дѣятельности въ ихъ отношеніи къ послѣдствію имѣетъ тотъ лишь смыслъ, что

съ поступательнымъ ходомъ дѣятельности условія, требуемыя для наступленія послѣдствія, умножаются, но такое различіе есть чисто количественное, не позволяющее провести какого либо качественнаго различія между дѣятельностію приготовительною и выполнительною. Существенное различіе между дѣйствіями, опредѣленными однимъ и тѣмъ же преступнымъ намѣреніемъ, можетъ заключаться только въ ихъ отношеніи къ намѣренію, и въ этомъ отношеніи дѣйствіе или является такимъ, посредствомъ котораго намѣреніе преобразилось въ фактъ (sich zur That gestaltete), или же нѣтъ. Наказуемымъ является только такое дѣйствіе, посредствомъ котораго преступное намѣреніе получило внѣшнее, самостоятельное и независимое отъ воли дѣятеля бытіе (Dasein), превратилось въ дѣйствительный, уже не уничтожимый фактъ. Намѣреніе дѣлается безвозвратнымъ фактомъ не только въ томъ случаѣ, если дѣятелю удалось выполнить преднамѣренное, но и тогда, если, несмотря на отсутствіе послѣдствія, направленное къ его осуществленію намѣреніе вполнѣ ясно выразилось въ дѣйствіи (in der That zur volkommenen erkennbaren Darstellung gelangt ist), если по дѣйствію можно заключить о той цѣли, къ которой стремился дѣятель; необходимость того, чтобы преступное намѣреніе объективировалось, вытекая изъ самаго понятія наказуемаго дѣянія, является съ другой стороны единственнымъ юридическимъ основаніемъ наказуемости покушенія; распознаваемость намѣренія имѣетъ поэтому не только значеніе доказательства наличности таковаго (какъ утверждаетъ Schwarze), ибо этимъ доказательствомъ могло бы служить и одно сознаніе виновнаго; однакоже признаніе имѣетъ значеніе доказательства виновности дѣятеля (какъ при покушеніи, такъ и при оконченномъ преступленіи) лишь при условіи соотвѣтствія его съ объективнымъ свойствомъ дѣянія, которое должно быть констатировано совершенно независимо отъ сдѣланнаго признанія. Засимъ, если уже необходимо сохранять наименованіе приготовленія за такою преступною дѣятельностію, которая не составляетъ покушенія, такъ какъ не даетъ возможности распознать свойство намѣренія, то само собою понятно, что понятіе приготовленія можетъ быть опредѣлено лишь отрицательно.

Существеннымъ предположеніемъ въ понятіи „покушеніе" является то, что преднамѣренное послѣдствіе не наступило. Такимъ образомъ покушеніе по самому существу является такимъ дѣйствіемъ, которое не способно воспроизвести пред-

намѣреннаго послѣдствія, хотя въ глазахъ дѣятеля оно представлялось для того пригоднымъ. Согласно этому, оно всегда предполагаетъ заблужденіе дѣятеля, будетъ-ли то ошибка относительно фактическихъ условій его дѣятельности, или обманутое ожиданіе. Даже въ томъ случаѣ, когда дѣятель добровольно прекращаетъ выполненіе преднамѣреннаго дѣянія, покушеніе является негоднымъ, ибо оно могло бы привести къ совершенію преступленія въ томъ только предположеніи (на дѣлѣ не оправдавшемся), что рѣшимость на преступленіе не измѣнится. Спорнымъ представляется вопросъ о томъ, представляется-ли причина такой негодности покушенія обстоятельствомъ безразличнымъ для существа и наказуемости покушенія, или же, какъ утверждаетъ противная сторона, причины и виды такой негодности должны быть различаемы, такъ какъ необходимымъ ихъ послѣдствіемъ является различіе въ юридической характеристикѣ дѣянія.

Исходною точкою въ спорномъ вопросѣ о годности и негодности дѣйствія, являющагося покушеніемъ на преступленіе, служитъ то безспорное положеніе, что наказуемо не преступное намѣреніе, а преступное дѣяніе и что поэтому о наказуемомъ покушеніи можетъ быть рѣчь лишь постольку, поскольку преступное намѣреніе объективировалось въ соотвѣтственномъ дѣйствіи. Въ этомъ отношеніи выраженное Фейербахомъ требованіе о томъ, чтобы въ дѣйствіи, составляющемъ покушеніе, на ряду съ субъективнымъ моментомъ—намѣреніемъ, принимался въ должное соображеніе и объективный—свойство дѣянія, представляется вполнѣ правильнымъ. Опаснымъ, по Фейербаху, является дѣйствіе, которое по своему внѣшнему свойству, находится въ причинной связи съ преднамѣреннымъ результатомъ; но такъ какъ дѣйствительная причинная связь дѣйствія съ преднамѣреннымъ послѣдствіемъ необходимо отсутствуетъ при покушеніи, то пришлось ограничиться требованіемъ наличности *возможной причинной связи* дѣйствія съ преднамѣреннымъ послѣдствіемъ, что привело къ установленію различія между образующими покушеніе дѣйствіями, смотря по годности или негодности средствъ и объекта, съ дальнѣйшимъ различеніемъ абсолютной и относительноо ихъ негодности.

Всѣ эти различія, по мнѣнію Hälschner'a, вполнѣ несостоятельны

и должны быть отброшены. Прежде всего не выдерживаетъ критики самое различіе между средствами и объектомъ покушенія: такъ какъ здѣсь говорится только о причинномъ соотношеніи между причиною и слѣдствіемъ, условіями и результатомъ, то средствомъ въ этомъ смыслѣ является все то, что находится между рѣшимостью (Willensbestimmung) и послѣдствіемъ, а сюда внѣ всякаго сомнѣнія относится и объектъ преступленія, какъ одно изъ многихъ условій послѣдствія, т. е. средство для воспроизведенія таковаго. Живой человѣкъ наравнѣ съ поднесеннымъ ему ядомъ образуютъ средства къ воспроизведенію того результата, который называется умерщвленіемъ (Tödtung). Такъ какъ послѣдствіе наступаетъ лишь тогда, когда дана сумма всѣхъ его условій, то недостатокъ одного изъ нихъ обусловливаетъ недѣйствительность всѣхъ остальныхъ. Въ виду этого можно говорить только о негодности средствъ, и нельзя конструировать различія въ понятіи покушенія въ зависимости отъ негодности средствъ или негодности объекта.

Столь же несостоятельнымъ является различеніе абсолютной или относительной негодности средства. Противъ такого разграниченія является прежде всего то возраженіе, что если негодность средства обозначаетъ невозможность достиженія при помощи его предположенной цѣли, то вполнѣ излишне обозначать ее какъ абсолютную невозможность, а затѣмъ не имѣетъ смысла говорить объ относительной невозможности, т. е. такой, которая еще допускаетъ нѣкоторую возможность. Въ отношеніи терминологіи предпочтительнѣе было бы различать негодность in concreto и in abstracto, но по существу и такое обозначеніе не имѣетъ за себя юридическихъ основаній. Средство является негоднымъ in concreto, если оно не можетъ привести къ цѣли при данныхъ условіяхъ конкретнаго случая, но могло бы быть цѣлесообразнымъ, если бы дальнѣйшія условія были дѣятелемъ иначе поняты; in abstracto негоднымъ можно бы назвать такое средство, которое ни при какомъ условіи не способно вести къ цѣли. Несомнѣнно, что человѣческой мощи и дѣйствію положены непереходимыя границы законами природы и что существуютъ цѣли, для достиженія которыхъ дѣятельность человѣка никогда не будетъ въ состояніи создать требуемыя условія, по отношенію къ которымъ всякое средство является in abstracto негоднымъ. Но для уголовнаго права всѣ подобныя цѣли, хотя бы напр. путешествіе на луну, совер

шенно безразличны, ибо безъ сомнѣнія все то, что наказуемо, можетъ при извѣстныхъ условіяхъ быть осуществлено дѣйствіемъ человѣка. Нѣтъ поэтому ни одного такого наказуемаго послѣдствія, по отношенію къ которому можно бы говорить о негодности in abstracto; въ каждомъ случаѣ негодность средства in abstracto можетъ быть превращена въ негодность in concreto и обратно, смотря по тому, допускается или исключается возможность измѣненной комбинаціи данныхъ условій. Напр. если при покушеніи на убійство ударъ кинжала былъ отраженъ панцыремъ, слѣдуетъ признать негодность средства in concreto, ибо возможно было бы убить защищеннаго панцыремъ человѣка инымъ способомъ, напр. при помощи яда, ударомъ по головѣ. Негодность средства in abstracto существуетъ въ томъ случаѣ, если напр. убиваемое лицо еще до нанесенія ему удара кинжаломъ умерло. Но, спрашиваетъ Hälschner, если въ первомъ случаѣ можно мысленно допускать измѣненіе условій соотвѣтственно намѣренію дѣятеля, почему нельзя того же сдѣлать и во второмъ? Почему не признать и здѣсь негодность средства in concreto на томъ основаніи, что при другихъ обстоятельствахъ, если бы мертвый еще былъ живъ, то ударъ кинжала умертвилъ бы его?

То, что желаемое послѣдствіе не наступило, что дѣйствіе осталось на степени покушенія, служитъ во всѣхъ случаяхъ доказательствомъ негодности средствъ, отсутствія требуемыхъ для осуществленія желаемаго условій. О покушеніи съ годными средствами не можетъ быть рѣчи потому, что годность средствъ исключаетъ покушеніе и имѣетъ своимъ необходимымъ слѣдствіемъ выполненіе преступленія. Отсюда, далѣе, покушеніе во всѣхъ случаяхъ есть такое дѣйствіе, которое не стоитъ въ причинной связи съ преднамѣреннымъ послѣдствіемъ; но такъ какъ дѣятель ошибочно предполагалъ существованіе причинной связи и считалъ собственную дѣятельность годною для выполненія задуманнаго, то ея негодность представляется ему случайною.

Единственное различіе, которое можно допустить по отношенію къ дѣйствіямъ, негоднымъ для выполненія преднамѣреннаго, имѣетъ мѣсто тогда, если дѣятельность лица можетъ быть разсматриваема какъ протекающая въ теченіи извѣстнаго времени и опредѣленъ тотъ моментъ, въ который обнаружилась ея негодность, когда возможность совершенія преступленія превратилась въ невозможность. Именно въ случаѣ т. наз. оконченнаго покушенія возможно,

что дѣятельность была годною, заключала въ себѣ возможность совершенія преступленія, и только впервые по окончаніи ея явилась такая комбинація дѣйствующихъ силъ, которая сдѣлала невозможнымъ совершеніе преступленія, а тѣмъ самымъ сдѣлала негоднымъ для его совершенія все то, что уже было учинено. Точно также можно представить себѣ, что годная въ началѣ дѣятельность въ дальнѣйшемъ своемъ теченіи сама собою сдѣлалась негодною или же наконецъ, что негодность ея констатирована уже въ моментъ ея начатія. До самаго того момента, въ который негодность дѣятельности опредѣлилась, послѣдняя является такою, которая заключаетъ въ себѣ возможность совершенія преступленія и причиненія вреда, слѣдовательно, опасною. Однако то обстоятельство, что дѣятельность въ какой либо прежней своей стадіи еще заключала въ себѣ возможность повреждденія (Verletzung) и потому представлялась опасною, не измѣняетъ, само по себѣ, ничего въ томъ, что покушеніе, какъ таковое, во всѣхъ случаяхъ негодно для выполненія и, слѣдовательно, по существу (an sich) неопасно. Столь же очевидно, что моментъ (Zeitpunkt), въ который негодность дѣятельности и невозможность поврежденія опредѣлилась, не можетъ имѣть никакого вліянія на существо покушенія. Желая установить существенное для понятія покушенія различіе въ зависимости отъ того, сдѣлалась ли дѣятельность негодною въ какой либо моментъ ея теченія, или уже съ самаго начала была негодною, забываютъ, что не одни только средства, выбранныя дѣятелемъ, образуютъ условія наступленія послѣдствія, но и направленіе воли (Willensbestimmung), преступное намѣреніе составляетъ существенное его условіе. Намѣреніе совершить преступленіе въ каждомъ случаѣ заключаетъ въ себѣ возможность его выполненія, а вмѣстѣ съ тѣмъ опасность причиненія вреда (die Gefahr der Verletzung), иначе: нѣтъ такого покушенія, которое не представлялось бы въ извѣстный моментъ опаснымъ и годнымъ и въ концѣ концовъ не оказалось бы негоднымъ и не опаснымъ. Конечно, замѣчаетъ авторъ, намѣреніе попасть на луну направлено на нѣчто невозможное, недостижимое ни при какихъ условіяхъ, но дѣятельность, одушевленная подобнымъ намѣреніемъ, никогда и не будетъ покушеніемъ. Der strafbare Erfolg ist aber in allen Fällen ein möglicher, bedingungsweise erreichbarer und es wäre falsch behaupten zu wollen, die Absicht Mord an einer Leiche, Diebstahl an der eigenen Sache zu verüben sei gleichfalls schon an sich auf ein Unmögliches gerichtet.

Die Absicht zu morden, zu stehlen enthält in allen Fällen die Möglichkeit der Vollendung und die Unmöglichkeit hat hier wie in allen Fällen des Versuchs ihren Grund in der Untauglichkeit der Mittel, darin, dass die Leiche, die eigene Sache zum Mittel des Mordes, des Diebstahls gewählt wurde, und hier wie in jedem Falle des Versuches ist die Vollendung möglich, wofern die zweckentsprechenden Bedingungen gegeben sind, statt des Verstorbenen der lebende Mensch, statt der eigenen die fremde Sache zum Mittel für Verübung der That gewählt wird.

Не при всякомъ наказуемомъ дѣйствіи возможно провести различіе между покушеніемъ и совершеніемъ. Если законъ предписываетъ подъ угрозою наказанія извѣстную дѣятельность, то преступленіе является выполненнымъ чрезъ простое ослушаніе велѣнію закона, чрезъ пассивное поведеніе лица, обязаннаго дѣйствовать, и о покушеніи на бездѣйствіе вообще не можетъ быть рѣчи, такъ какъ намѣреніе совершить упущеніе можетъ обнаружиться лишь посредствомъ самаго упущенія, а не путемъ какой либо предшествующей, соотвѣтствующей понятію покушенія, дѣятельности. Затѣмъ остается внѣ всякаго сомнѣнія, что учиняемыя посредствомъ бездѣйствія положительныя преступленія (Begehungsdelicte) допускаютъ возможность разграниченія покушенія отъ совершенія. Возможность наказуемаго покушенія исключается, далѣе, при тѣхъ преступленіяхъ, которыя, какъ напр. оскорбленіе, являются оконченными чрезъ посредство всякаго дѣйствія, въ которомъ выразилось преступное намѣреніе. Въ этихъ случаяхъ совершенію можетъ предшествовать приготовительная дѣятельность, но не наказуемое покушеніе, насколько послѣднее требуетъ дѣятельности, ясно обнаруживающей умыселъ; при наличности же таковой преступленіе является уже оконченнымъ.

Перешедшее въ прусскій уголовный кодексъ изъ Code pénal правило о томъ, что только покушеніе на преступленіе наказуемо всегда, покушеніе на нарушеніе ни въ какомъ случаѣ и покушеніе на проступокъ только въ случаяхъ, прямо въ законѣ указанныхъ, сохранено и германскимъ уложеніемъ. Такое начало не можетъ быть выведено изъ самаго понятія покушенія и имѣетъ за себя лишь то соображеніе, что при маловажности вины и крайней незначительности наказаній за совершеніе болѣе легкихъ проступковъ и нарушеній, наказуемость покушенія на таковые могла бы быть лишь столь слабою, что не стоило бы вчинать уголовный процессъ. Въ нѣкоторыхъ

случаяхъ уложеніе облагаетъ наказаніемъ самую попытку (Unternehmen) достиженія опредѣленной цѣли, безотносительно къ тому, увѣнчалась ли эта попытка опредѣленнымъ результатомъ, или нѣтъ; въ другихъ—уложеніе угрожаетъ самостоятельнымъ наказаніемъ за дѣйствія, представляющіяся, по отношенію къ намѣренію дѣятеля и законному составу оконченнаго преступленія, только покушеніями. Дѣйствія эти, являясь съ формальной стороны съ значеніемъ оконченныхъ преступленій, должны быть тѣмъ не менѣе разсматриваемы какъ покушенія, къ которымъ, въ видѣ изъятія, закономъ примѣняются карательныя постановленія, выходящія за предѣлы наказуемости покушенія. Изъ этого слѣдуетъ: 1) что если предчамѣренное преступленіе было окончено, то наказаніе должно быть опредѣлено только за таковое, а нельзя наряду съ нимъ наказывать и то покушеніе, которое законъ облагаетъ, въ качествѣ конкуррирующаго оконченнаго преступленія, самостоятельнымъ наказаніемъ, и 2) что хотя не можетъ быть рѣчи о возможности наказуемаго покушенія на такое дѣйствіе (покушеніе), которое законъ считаетъ самостоятельнымъ преступленіемъ, но съ другой стороны, такъ какъ законъ облагаетъ такое дѣйствіе особымъ наказаніемъ не въ качествѣ покушенія, а лишь какъ опредѣленный родъ дѣятельности съ характеромъ покушенія (nicht der Versuch als solcher, sondern nur eine bestimmte Art der Versuchsthätigkeit), то покушеніе, выражающееся въ формѣ какой-либо другой дѣятельности (eine anders gestaltete Versuchsthätigkeit), можетъ подлежать наказанію какъ покушеніе на умышленное дѣятелемъ преступленіе. Относительно наказуемости покушенія, уложеніе отступило отъ Code pénal, установивъ, въ видѣ общаго правила, меньшую наказуемость его сравнительно съ оконченнымъ преступленіемъ. Исходя изъ того положенія, что чѣмъ далѣе подвигается дѣятельность лица, тѣмъ въ большихъ размѣрахъ осуществляется его преступная воля, доктрина и нѣмецкое законодательство дѣлятъ покушеніе на степени, сообразно большей или меньшей его близости къ совершенію, приводя въ соотвѣтствіе съ этимъ дѣленіемъ покушенія на степени и его наказуемость. Такое разграниченіе отдѣльныхъ моментовъ въ поступательномъ движеніи дѣятельности, образующей покушеніе, лишено однако всякаго значенія для законодательства, потому что здѣсь разумѣется только количественное различіе, которое дѣлаетъ невозможнымъ установленіе опредѣленныхъ сте-

пеней приближенія покушенія къ совершенію. Различіе можетъ быть установлено только между неоконченнымъ и оконченнымъ покушеніемъ, разумѣя подъ послѣднимъ тотъ случай, когда вся та дѣятельность, которую дѣятель считалъ необходимою для воспроизведенія преднамѣреннаго послѣдствія, безпрепятственно доведена имъ до конца, но осталась безъ результата. Но и это разграниченіе не можетъ служить нормою для опредѣленія мѣры наказуемости покушенія, ибо хотя болѣе продолжительная, близящаяся къ совершенію дѣятельность и обнаруживаемая ею твердость рѣшимости и имѣютъ вліяніе на наказуемость, но это уже есть моментъ опредѣленія мѣры наказанія, не имѣющій необходимой связи съ различіемъ между оконченнымъ и не оконченнымъ покушеніемъ; смотря по особенностямъ даннаго случая, этотъ моментъ вины, возвышающій наказуемость, можетъ быть на лицо въ покушеніи неоконченномъ и отсутствовать въ покушеніи оконченномъ. Германское уложеніе отказалось отъ всякаго различенія отдѣльныхъ степеней въ покушеніи.

До новѣйшаго времени и доктрина и законодательство, слѣдуя примѣру Каролины, считали неоходимымъ условіемъ наказуемаго покушенія, чтобы совершеніе злодѣянія было воспрепятствовано противъ воли дѣятеля. Отсюда вытекало правило о ненаказуемости покушенія въ тѣхъ случаяхъ, когда задуманное преступленіе не было доведено до окончанія по волѣ дѣятеля, вслѣдствіе его отступленія отъ покушенія (Rücktritt vom Versuche). Но коль скоро въ покушеніи преступное намѣреніе наказуемо не само по себѣ, а насколько оно объективировалось посредствомъ дѣйствія, то и добровольный отказъ со стороны дѣятеля отъ продолженія своей дѣятельности не можетъ ни сдѣлать совершившееся не существовавшимъ, ни отнять у содѣяннаго значеніе такого дѣйствія, въ которомъ преступное намѣреніе выразилось и преступная воля достигла, хотя и неполнаго, осуществленія. Такимъ образомъ вопросъ о томъ, осталось ли покушеніе безрезультатнымъ противъ воли или благодаря волѣ дѣятеля, совершенно не затрогиваетъ существа наказуемаго покушенія и соотвѣтственно этому германское уложеніе въ своемъ опредѣленіи покушенія, не коснулось вовсе этого вопроса. Если же оно вслѣдъ затѣмъ признаетъ покушеніе, добровольно оставленное, ненаказуемымъ, то такое постановленіе можетъ находить себѣ объясненіе исключительно въ соображеніяхъ снисходительности (Billigkeit) и уголовной политики.

Законъ различаетъ въ этомъ отношеніи два случая: 1) когда дѣятель отказался отъ выполненія преднамѣреннаго дѣйствія, хотя этому выполненію не препятствовали независящія отъ его воли обстоятельства. Въ этомъ случаѣ предполагается, слѣдовательно, что хотя дѣятель продолжалъ умышленную дѣятельность настолько, что она является наказуемымъ покушеніемъ, но, не доведя ее до конца, самъ прекратилъ ее и тѣмъ воспрепятствовалъ окончанію преднамѣреннаго преступленія. Прекращеніе преступной дѣятельности должно быть добровольное, т. е. оно должно воспослѣдовать не потому, чтобы къ продолженію преступной дѣятельности существовали, въ дѣйствительности или по мнѣнію дѣятеля, препятствія; напротивъ того мотивъ, опредѣлившій, дѣятеля является безразличнымъ, именно не требуется вовсе, чтобы этимъ мотивомъ было раскаяніе. Вообще, замѣчаетъ авторъ, въ конкретныхъ случаяхъ вопросъ о томъ, былъ ли отказъ отъ покушенія добровольнымъ или нѣтъ, представляетъ трудности для его разрѣшенія. Во всякомъ случаѣ нельзя признавать добровольное отступленіе отъ дѣятельности вездѣ, гдѣ дѣятель, натолкнувшись на препятствіе, уступилъ его силѣ, тогда какъ при большей энергіи преступной воли онъ могъ бы преодолѣть его. Buri, отвергая добровольный характеръ отказа во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣятель убѣжденъ, что выполненіе преступленія причинитъ ему болѣе вреда, чѣмъ пользы, отрицаетъ такимъ образомъ вообще возможность добровольнаго отказа отъ преступной дѣятельности, ибо безъ всякаго основанія, безъ мотива, отказъ не можетъ имѣть мѣста и какого бы свойства ни былъ мотивъ, всегда суть дѣла сводится къ тому, что отказъ является для дѣятеля въ какомъ либо отношеніи болѣе выгоднымъ, нежели выполненіе преднамѣреннаго. 2) Если преднамѣренная и признаваемая дѣятелемъ необходимою дѣятельность уже окончена, то объ отказѣ отъ покушенія, о прекращеніи преступной дѣятельности не можетъ быть болѣе рѣчи. Покушеніе можетъ въ такомъ случаѣ остаться безъ послѣдствія, или потому что дѣятельность въ конкретномъ случаѣ оказалось неспособною, недостаточною для воспроизведенія преднамѣреннаго послѣдствія, или, въ иномъ случаѣ, потому, что лицо покушавшееся добровольно предприняло дѣятельность въ противоположномъ направленіи, т. е. дѣятельность, препятствующую наступленію послѣдствія. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ законъ также допускаетъ ненаказуемость покушенія подъ тѣмъ усло-

віемъ, что дѣятель отвратилъ собственными усиліями наступленіе послѣдствія прежде, нежели его преступное дѣяніе было обнаружено; этимъ устраняется старый споръ о возможности отступленія при оконченномъ покушеніи. Законъ не требуетъ, чтобы дѣятель воспрепятствовалъ наступленію послѣдствія собственною дѣятельностію, непосредственно; онъ можетъ воспользоваться для этой цѣли и содѣйствіемъ другихъ лицъ; безразлично также и свойство мотива, руководившаго при этомъ дѣятелемъ; дѣятельное раскаяніе не обусловливаетъ безнаказанности виновнаго, если последствіе не было въ дѣйствительности отклонено, равно какъ и такое съ его стороны противодѣйствіе наступленію послѣдствія, которое осталось безплоднымъ, благодаря тому, что послѣдствіе было отклонено помимо усилій виновнаго, какимъ-либо инымъ препятствіемъ, ставшимъ на пути къ осуществленію преднамѣреннаго.

Возможно, что покушеніе на преступленіе заключаетъ уже въ себѣ законный составъ другаго оконченнаго преступленія, что происходитъ или тогда, если дѣятель умыслилъ совершеніе двухъ различныхъ преступленій, изъ коихъ одно должно было служить средствомъ къ совершенію другаго, оставшагося невыполненнымъ, или же когда намѣреніе дѣятеля было направлено на учиненіе только одного преступленія, которое осталось невыполненнымъ, но при этомъ покушеніе уже возъимѣло вредное дѣйствіе. Въ первомъ случаѣ имѣется совокупность оконченнаго преступленія и покушенія, и потому наказаніе должно быть опредѣлено по правиламъ о совокупности; въ послѣднемъ случаѣ существуетъ только покушеніе на преступленіе, которое должно быть наказано, какъ таковое, причемъ то обстоятельство, что дѣйствіе, составляющее покушеніе, уже повлекло за собою такое вредное послѣдствіе, которое, даже независимо отъ спеціальнаго намѣренія дѣятеля, наказуемо какъ самостоятельное оконченное преступленіе,—можетъ имѣть значеніе только при опредѣленіи мѣры наказанія. Если въ этихъ случаяхъ дѣятельность, составляющая покушеніе, прекращена самимъ дѣятелемъ, или послѣдствіе отклонено имъ, то въ первомъ случаѣ наказывается оконченное преступленіе, а во второмъ —не покушеніе на умышленное дѣятелемъ преступленіе, а самостоятельное оконченное преступленіе.

II.

Schwarze, Versuch und Vollendung, im Holtz. Handb., т. II, стр. 270 и слѣд.

Покушеніе есть такое дѣйствіе, посредствомъ котораго дѣятель намѣревается обусловить (zu bewirken) наступленіе умышленнаго имъ наказуемаго послѣдствія; совершеніе преступленія есть это послѣдствіе. Bei dem Versuche ist das Absichtsmoment durch die That nicht gedeckt, der Erfolg derselben bleibt hinter jenem zurück, bei der Vollendung decken sich Absicht und Erfolg.

Покушеніе, во всей его сущности, характеризуется направленіемъ намѣренія, именно тѣмъ, что намѣреніе дѣятеля идетъ далѣе того результата, который достигнутъ его дѣятельностію, предпринятою въ видахъ осуществленія преднамѣреннаго. Намѣреніе учинить преступленіе или воспроизвести опредѣленное право нарушающее послѣдствіе, можетъ быть изобличено всякимъ дѣйствіемъ лица. Die Manifestation ist durchaus an keine bestimmte Handlung geknüpft. Въ самомъ дѣлѣ невозможно уяснить себѣ, почему какое либо дѣйствіе человѣка, если только послѣдній считаетъ его пригоднымъ для воспроизведенія опредѣленнаго послѣдствія, должно быть признано разъ навсегда неспособнымъ служить къ раскрытію того, что намѣреніе дѣятеля направлено на это послѣдствіе. Этимъ конечно нисколько не затрогивается совершенно другой вопросъ, не находился ли дѣятель подъ вліяніемъ заблужденія и не было ли это заблужденіе настолько велико, что оно указываетъ на полнѣйшее невѣдѣніе дѣятелемъ самыхъ обыденныхъ явленій природы; равнымъ образомъ остается открытымъ вопросъ о наказуемости каждаго такого дѣйствія.

Начальнымъ пунктомъ покушенія является всякое дѣйствіе, предпринятое съ цѣлью выполненія преступленія. Однако и теорія и практика признаютъ невозможнымъ расширять такъ далеко область наказуемаго покушенія, а потому, обозначая первыя приготовленія къ выполненію преступнаго дѣяніями терминомъ *приготовительныя дѣйствія*, объявляютъ ихъ ненаказуемыми. Юридическое основаніе къ установленію такого различія справедливо видятъ въ томъ, что въ приготовительныхъ дѣйствіяхъ еще не проявляется рѣшимость (der entschiedene Wille) на совершеніе преступленія; въ пользу ненаказуемости такихъ дѣйствій говоритъ

прежде всего тотъ опытъ, что человѣкъ, рѣшившійся въ состояніи возбужденія на преступленіе и уже занявшійся приготовительными къ нему дѣйствіями, отказывается отъ своего намѣренія чаще всего именно въ тотъ моментъ, когда ему приходится привести его въ исполненіе.

Граница между приготовленіемъ и покушеніемъ не укладывается ни въ какую общую формулу, такъ какъ проведеніе ея находится въ полной зависимости отъ индивидуальныхъ особенностей даннаго случая и личныхъ качествъ дѣятеля. Въ одномъ случаѣ должно считаться покушеніемъ то, что въ другомъ будетъ ненаказуемымъ приготовленіемъ; главнымъ образомъ при этомъ должно быть принимаемо въ соображеніе разстояніе, по времени и мѣсту, между такимъ дѣйствіемъ и конечною преступною дѣятельностью, направленною на выполненіе преступленія, а также природа преступленія, именно составляетъ ли выполненіе непосредственное продолженіе приготовительныхъ дѣйствій, или требуетъ болѣе продолжительныхъ приготовленій. Во всякомъ случаѣ простое обнаруженіе (blosse Kundgebungen) преступной рѣшимости (поскольку оно, въ качествѣ угрозы, не образуетъ особаго проступка) не можетъ быть разсматриваемо, какъ покушеніе. Старая доктрина признавала приготовительныя дѣйствія наказуемыми, подводя ихъ подъ понятіе отдаленнаго покушенія (conatus remotus). Доктрина и законодательства новаго времени (за исключеніемъ Баварскаго уложенія 1813 г., которое, оставаясь вѣрнымъ теоріи устрашенія, караетъ и приготовленіе) признаютъ ненаказуемость приготовительныхъ дѣйствій, нѣкоторыя—прямо, указывая на это въ законѣ, другія же—косвенно, ставя общимъ условіемъ наказуемости всякаго дѣйствія, чтобы оно являлось началомъ выполненія преступленія.

Дѣятельность, обозначаемая словомъ *покушеніе*, является поступательнымъ, въ направленіи преднамѣреннаго результата, движеніемъ, конечный пунктъ котораго составляетъ послѣдній, обусловливающій это послѣдствіе, актъ. Смотря по большей или меньшей близости дѣятельности виновнаго къ этому конечному пункту, старая доктрина дѣлила покушеніе на множество видовъ, изъ которыхъ въ настоящее время сохранилось только дѣленіе покушенія на отдаленное и близкое (conatus remotus и proximus), причемъ оконченное покушеніе разсматривается только какъ одинъ изъ случаевъ близкаго покушенія. Отдѣльные криминалисты впрочемъ до-

пускаютъ и здѣсь дальнѣйшія подраздѣленія и разсматриваютъ оконченное покушеніе, какъ особую категорію, рядомъ съ категоріей ближайшаго покушенія. Подъ оконченнымъ покушеніемъ, именуемымъ нѣкоторыми писателями delictum perfectum, понимается тотъ случай, когда дѣятель совершилъ съ своей стороны все, что, по обстоятельствамъ даннаго случая, ему предстояло сдѣлать для выполненія преступленія, или что онъ для этого считалъ нужнымъ, но требуемое для состава оконченнаго преступленія послѣдствіе не наступило. Отсюда слѣдуетъ, что различіе между покушеніемъ оконченнымъ и неоконченнымъ имѣетъ значеніе только въ примѣненіи къ тѣмъ преступленіямъ, для окончанія которыхъ необходимо наступленіе особаго послѣдствія. Юристы, придающіе рѣшающее значеніе субъективному моменту, ограничиваютъ понятіе оконченнаго покушенія тѣмъ случаемъ, когда дѣятель сдѣлалъ все то, что онъ считалъ необходимымъ для совершенія дѣянія. Воззрѣніе это, усвоенное саксонскимъ уложеніемъ, повело однако на практикѣ къ произвольнымъ презумпціямъ и разнообразію судебныхъ приговоровъ по совершенно однороднымъ дѣламъ. Не болѣе удовлетворительнымъ представляется и исключительное преобладаніе объективной точки зрѣнія, по которой преступленіе является оконченнымъ, когда сдѣлано все то, что дѣятель долженъ былъ выполнить для воспроизведенія результата. Но, согласно этому воззрѣнію, понятіе оконченнаго покушенія неприложимо ни къ покушенію съ негодными средствами, ни къ такъ наз. формальнымъ преступленіямъ; точно также лишь въ рѣдкихъ случаяхъ возможно провести разграниченіе между покушеніемъ оконченнымъ и неоконченнымъ тамъ, гдѣ наказуемое дѣяніе состоитъ въ неисполненіи положительной дѣятельности. Наконецъ при многихъ преступленіяхъ возможно вообще только оконченное покушеніе. Различіе это окончательно утрачиваетъ всякое практическое значеніе, въ виду общепризнаннаго новѣйшею доктриною положенія, что покушеніе, хотя бы и оконченное, наказуемо снисходительнѣе совершенія преступленія,—положеніе, которое имѣетъ за себя не только соображенія уголовной политики, но и строго юридическія основанія.

Покушеніе мыслимо только по отношенію къ опредѣленной, преднамѣренной дѣятелемъ, цѣли. Хотя и неосторожное дѣйствіе ставитъ себѣ опредѣленную цѣль, къ которой направлено намѣреніе дѣятеля, но наступившее послѣдствіе не входило въ это

намѣреніе и не составляло цѣли дѣйствія; сверхъ того послѣдствіе есть необходимое предположеніе въ понятіи неосторожнаго дѣйствія. На этомъ основаніи не существуетъ ни кульпознаго покушенія, ни покушенія на кульпозное преступленіе.

Понятіе покушенія, по общему правилу, приложимо ко всѣмъ преступленіямъ, насколько законъ и самая природа преступленія не обусловливаютъ изъятія изъ этого правила. Если отдѣльныя дѣйствія, несомнѣнно представляющія собою покушеніе на преступленіе, особо выдѣляются закономъ и облагаются самостоятельнымъ наказаніемъ (напр. государственная измѣна), то чрезъ это они не возвышаются на степень самостоятельныхъ преступленій, и потому нельзя допустить возможности покушенія на такія дѣйствія.

При такъ называемыхъ omissiodelicta, которыя могутъ быть совершены только неисполненіемъ чего-либо, покушеніе, по общему правилу, исключается, такъ какъ наказаніемъ облагается самое непослушаніе, выразившееся въ упущеніи, а затѣмъ желаніе, чтобы такое непослушаніе повлекло за собою опредѣленный результатъ, и самое наступленіе такого результата не относится къ составу преступнаго дѣянія. Но покушеніе возможно при тѣхъ commissiodelicta, средствомъ совершенія которыхъ является упущеніе, напр. убійство матерью новорожденнаго посредствомъ неоказанія ему необходимой помощи. Начало покушенія при этого рода преступленіяхъ совпадаетъ съ началомъ сознательнаго и намѣреннаго бездѣйствія.

Покушеніе невозможно на такія преступленія, для выполненія которыхъ не требуется наступленія послѣдствія преступной дѣятельности (т. наз. формальныя преступленія, каковы напр. обиды словомъ и дѣйствіемъ, богохульство). Понятіе покушенія примѣнимо не только къ физическому виновнику преступленія, но и къ другимъ формамъ соучастія. Такъ, возможно покушеніе на подстрекательство, пособничество, укрывательство.

Что касается покушенія съ негодными средствами, то большинство юристовъ, признающихъ ненаказуемость такого покушенія, прямо ограничиваютъ примѣненіе этого положенія случаями употребленія такихъ средствъ, которыя по самому свойству ихъ, не могли, ни при какихъ условіяхъ, воспроизвести преднамѣреннаго результата, но затѣмъ они не распространяютъ безнаказанность

на тѣ случаи, въ которыхъ средство, само по себѣ годное, было употреблено въ недостаточномъ количествѣ, или такимъ способомъ, который не соотвѣтствовалъ преднамѣренной дѣятелемъ цѣли. Въ защиту ненаказуемости покушенія съ абсолютно негодными средствами обыкновенно приводятъ то соображеніе, что здѣсь отсутствуетъ моментъ опасности дѣйствія и что таковое, по внѣшнему своему свойству, не нарушаетъ права и не подвергаетъ его опасности; противъ этого можно однако возразить, что подверженіе третьихъ лицъ опасности само по себѣ еще не дѣлаетъ никакого дѣйствія правопротивнымъ, а съ другой стороны, при покушеніи, именно потому, что это только покушеніе, не требуется причиненія вреда третьему лицу; во всякомъ однако случаѣ въ немъ заключается посягательство, хотя и безвредное, на юридическую безопасность другаго лица. Нѣкоторые криминалисты признаютъ ненаказуемость и покушенія съ относительно негодными средствами.

По поводу дѣленія средствъ на абсолютно и относительно негодныя слѣдуетъ вообще замѣтить, что какъ ни объ одномъ дѣйствіи, такъ и ни о какомъ средствѣ нельзя сказать, что если бы лицо продолжило свою дѣятельность, или средство было имъ употреблено инымъ образомъ, то преднамѣренное послѣдствіе наступило бы во всякомъ случаѣ. Только съ наступленіемъ послѣдствія является увѣренность, что средство было способно, въ данномъ именно случаѣ, привести къ преднамѣренному результату; до этого времени нельзя говорить о „причинной связи средства съ послѣдствіемъ“. Покушеніе, предпринимаемое кѣмъ либо съ недостаточными средствами, стоитъ, по своему объективному проявленію и дѣйствительности (in seiner objectiven Erscheinung und Wirksamkeit) на одинаковой ступени съ тѣмъ, которое было предпринято съ средствами, безусловно негодными: какъ то, такъ и другое неспособны произвести преднамѣренный результатъ, оба неопасны; годность средства часто зависитъ отъ его качества и количества. „Слишкомъ малое“ количество яда безвредно и, точнѣе говоря, не есть ядъ, ибо на языкѣ специалистовъ ядъ въ безвредномъ количествѣ не существуетъ; здѣсь мы видимъ contradictio in adjecto. Тоже слѣдуетъ сказать и относительно такой слабости средства, которая заключается въ личности дѣятеля; пуля, которая, вслѣдствіе дурнаго прицѣла, пролетаетъ мимо угрожаемаго, настолько же безвредна въ своемъ дѣйствіи,

какъ и выстрѣлъ, сдѣланный на такомъ разстояніи, на которое оружіе не достигаетъ; ошибка относительно силы вкладываемаго въ ружье заряда имѣетъ такое же значеніе, какъ и ошибочное предположеніе, что ружье заряжено. Противники этого мнѣнія утверждаютъ, что употребленіе средства, самаго по себѣ негоднаго, лишаетъ возможности доказать наличность преступной рѣшимости (für die Bestimmtheit des Willens kein Zeugniss ablege); необходимо, говорятъ они, чтобы воля объективировалась во внѣшнемъ мірѣ настолько, чтобы могла быть распознана. Призналіе лица, что воля его была направлена на воспроизведеніе послѣдствія, какъ скоро такое признаніе находится въ противорѣчіи съ объективной стороной дѣянія, утрачиваетъ всякое юридическое значеніе. Такъ напр. признаніе лица въ томъ, что оно имѣло намѣреніе отравить кого-либо сахаромъ, не можетъ быть принято во вниманіе, пока въ дѣлѣ нѣтъ объективныхъ моментовъ, кои въ достаточной мѣрѣ выяснили бы, что дѣятель былъ убѣжденъ въ ядовитости сахара. Но противъ этого можно возразить, что преступная воля и дѣйствіе, предпринимаемое въ намѣреніи реализировать эту волю, существуютъ какъ при употребленіи абсолютно негодныхъ средствъ, такъ и при выборѣ недостаточныхъ средствъ; вся разница въ томъ, что въ первомъ случаѣ дѣятель заблуждается относительно качества средствъ,—во второмъ относительно ихъ количества и способа пользованія ими; здѣсь смѣшивается вопросъ о доказательствахъ съ вопросомъ о составѣ преступнаго дѣянія. Изъ того, что выбранное средство, напр. дача сахару, принадлежитъ къ категоріи абсолютно негодныхъ, позволительно сдѣлать выводъ, что дѣятель не имѣлъ опредѣленнаго намѣренія напр. умысла на убійство, но такой выводъ будетъ правиленъ до тѣхъ только поръ, пока не доказано, что дѣятель заблуждался въ свойствѣ употребленнаго средства (напр. принималъ сахаръ за мышьякъ). Даже въ первомъ случаѣ (когда лицо знало, что даетъ сахаръ) нельзя утверждать, что объективная сторона дѣянія безусловно не позволяетъ заключить о существованіи преступной воли, ибо наличность таковой можетъ быть доказана на основаніи собственнаго признанія лица или другихъ уликъ. Можетъ конечно возникать вопросъ о граничащей съ невмѣняемостью глупости субъекта, который прибѣгаетъ для осуществленія своего намѣренія къ безусловно-негоднымъ средствамъ, но этимъ не отрицается бытіе преступнаго умысла, кото-

рый не имѣетъ ничего общаго съ выборомъ средствъ и заявляетъ о себѣ всякимъ предпринятымъ для его выполненія дѣйствіемъ. Этимъ опровергается равнымъ образомъ и то мнѣніе, что при покушеніи съ негодными средствами отсутствуетъ внѣшній составъ преступленія, что здѣсь въ самомъ началѣ нѣтъ дѣйствія, дѣлающаго осуществленіе намѣренія возможнымъ, нѣтъ „начала выполненія,“ ибо нельзя начать то, чего невозможно окончить. Но такая же недостаточность моментовъ, образующихъ составъ оконченнаго преступленія, имѣется при всякомъ покушеніи; болѣе или менѣе этихъ моментовъ недостаетъ—для понятія покушенія это безразлично. Надо помнить, что изъ выраженія „начало выполненія,“ которымъ доктрина и законодательства желаютъ опредѣлить составъ покушенія и которое, смотря по взгляду, можетъ представляться неудачно выбраннымъ для этой цѣли, нельзя дѣлать обратнаго заключенія о дѣйствительныхъ моментахъ состава покушенія. Мнѣніе, что то дѣйствіе должно считать начатымъ, посредствомъ котораго могло быть воспроизведено умышленное послѣдствіе, или что дѣйствіемъ долженъ быть уже выполненъ объективный моментъ оконченнаго преступленія, страдаетъ отсутствіемъ юридическихъ основаній. Существо покушенія въ томъ и заключается, что дѣйствіе не произвело умышленнаго послѣдствія; причина ненаступленія этого послѣдствія для понятія покушенія безразлична; притомъ никогда нельзя сказать, что если бы преступная дѣятельность не была прервана, то послѣдствіе несомнѣнно бы наступило. Дѣйствіе лица получаетъ значеніе только по отношенію къ выразившемуся въ немъ намѣренію дѣятеля, а не какъ часть неосуществившагося преступленія. Настолько же неправильнымъ представляется и то соображеніе, что законодатель не можетъ воспрещать или карать *нѣчто невозможное;* покушеніе съ негодными средствами стремится къ невозможному, оно не можетъ достигнуть выполненія, но само оно существуетъ въ дѣйствительности и не есть что-либо невозможное. Der „Versuch“ ist nur ein Versuch und keine Vollendung; dass die Vollendung nicht möglich ist, macht den «Versuch» nicht unmöglich. Въ концѣ концовъ „средство, само по себѣ негодное“ приходится опредѣлить, какъ такое, которое при всевозможныхъ обстоятельствахъ, согласно указаніямъ опыта, неспособно произвести того послѣдствія, которое умышлено. Подобными средствами являются напр.: сахаръ, какъ средство отравленія, незаряженное ружье, какъ средство лишенія жизни выстрѣ-

ломъ и т. п. Прежде всего однако изъ правила о ненаказуемости покушенія съ подобными средствами должны быть изъяты (какъ это дѣлаютъ многія законодательства) тѣ случаи, когда дѣятель находится подъ вліяніемъ фактическаго заблужденія, напр. принимаетъ сахаръ за мышьякъ. Но, изъемля эти случаи, мы не можемъ не сознаться, что совершенно оставляемъ въ сторонѣ объективную теорію и центръ тяжести переносимъ въ волю дѣятеля. Если же напротивъ оставлять и эти случаи безнаказанными, тогда возникаетъ вопросъ, можно ли подвергать наказанію даже того, чья пуля оказалась неспособною пробить крѣпкую броню, защищавшую человѣка. Въ обоихъ случаяхъ, объективная невозможность достиженія результата на лицо,—только въ одномъ случаѣ, какъ обыкновенно выражаются, in abstracto, а въ другомъ in concreto. Но можно ли считать такое различіе имѣющимъ юридическое значеніе?

Всякое вообще наказуемое дѣйствіе должно быть оцѣниваемо по его конкретной природѣ и какъ съ одной стороны относительно негодное средство является въ той же мѣрѣ негоднымъ какъ и такъ наз. абсолютно негодное, такъ съ другой стороны абсолютно годное средство является негоднымъ in concreto, если въ данномъ случаѣ оно не возъимѣло надлежащаго дѣйствія. Нельзя также признать существованіе различія между тѣмъ случаемъ, когда дѣятель считалъ негодное средство годнымъ, и тѣмъ, когда онъ, считая самое средство негоднымъ, считалъ однако годнымъ тотъ спеціальный способъ его примѣненія, къ которому онъ прибѣгнулъ въ данномъ случаѣ. Дѣятель, который по ошибкѣ принялъ сахаръ за мышьякъ, и тотъ, который сознательно зарядилъ огнестрѣльное орудіе пескомъ, въ увѣренности, что отъ тренія можетъ произойти выстрѣлъ, оба употребляютъ въ дѣло, по заблужденію, средство „само по себѣ негодное.“ Тотъ, кто беретъ достаточную порцію яда и, ошибочно разсчитывая усилить его дѣйствіе, смѣшиваетъ ядъ съ такимъ веществомъ, которое парализуетъ его дѣйствіе, не подходитъ ни подъ какую изъ упомянутыхъ категорій, однако и онъ стоитъ на той же ступени наказуемости. Въ обѣихъ вышеприведенныхъ категоріяхъ отсутствуетъ дѣйствіе, способное быть началомъ совершенія (eine taugliche «Anfangshandlung») и самообманъ (Wahn) въ случаяхъ послѣдней категоріи не можетъ сообщить дѣянію иного характера, чѣмъ ошибка (Irrthum) въ случаяхъ первой категоріи; въ обоихъ слу-

чаяхъ дѣятель былъ убѣжденъ въ дѣйствительности средства; въ одномъ случаѣ онъ заблуждался насчетъ факта (относительно качества предмета), также какъ и въ другомъ (относительно дѣйствительности вещества); въ „своемъ представленіи“ онъ „предпринялъ возможное или по крайней мѣрѣ вѣроятное;“ объективно же въ обоихъ случаяхъ послѣдствіе, по самой природѣ вещей, невозможно и невѣроятно. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что нѣтъ никакой разницы между тѣмъ, когда дѣятель считалъ абсолютно негодное средство годнымъ по суевѣрію или по причинѣ умственнаго разстройства (aus Aberglauben oder Irrwahn), послѣднее чаще всего имѣетъ мѣсто въ случаяхъ покушеній на вытравленіе плода; здѣсь незнакомство съ естественными законами соединяется съ ходячими въ публикѣ воззрѣніями на дѣйствительность извѣстныхъ веществъ. Намѣреніе устранить наказуемость случаевъ подобнаго суевѣрія замѣчалась со стороны даже тѣхъ юристовъ, которые въ прочихъ случаяхъ допускаютъ наказуемость покушенія съ абсолютно негодными средствами. Но основаніемъ для такой ненаказуемости не можетъ служить ошибка со стороны дѣятеля въ выборѣ средства.

Защитники ненаказуемости покушенія съ негодными средствами требуютъ по большей части для наказуемости покушенія, чтобы дѣяніе было направлено противъ такого объекта, надъ которымъ совершеніе преступленія было возможно. При этомъ большею частью приводятся тѣ же аргументы, которые уже были разобраны выше. Въ качествѣ покушенія надъ негоднымъ объектомъ разсматриваются дѣйствія того, кто напр. хочетъ украсть вещь, не находящуюся на данномъ мѣстѣ (здѣсь предполагается или вообще пустое мѣсто, или отсутствіе въ немъ того предмета, который воръ желаетъ похитить), или, съ намѣреніемъ совершить убійство, повреждаетъ трупъ, или похищаетъ свою собственную вещь, считая её чужою. Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы имѣемъ передъ собою дѣйствіе, которое въ субъективномъ отношеніи заключаетъ въ себѣ всѣ условія покушенія, но которое не признается наказуемымъ покушеніемъ на томъ основаніи, что дѣятель предполагалъ въ объектѣ качество, которое въ дѣйствительности въ немъ отсутствуетъ и недостатокъ котораго исключаетъ возможность выполненія. Согласно этому воззрѣнію тотъ, кто въ темнотѣ принялъ дерево за человѣка и выстрѣлилъ въ него съ умысломъ совершить убійство, тотъ, кто, влѣзая въ домъ, не находитъ ничего, что бы стоило

украсть,—ненаказуемъ; тотъ же, чей выстрѣлъ, вслѣдствіе плохаго прицѣла или случайнаго движенія лица, въ котораго онъ цѣлитъ, не попадаетъ въ послѣдняго, долженъ быть наказанъ. Опасности для угрожаемаго можетъ не существовать и во второмъ случаѣ, также какъ и въ первомъ. Мнѣніе, что правовой порядокъ остается ненарушеннымъ, если дѣйствіе направлено не противъ такого объекта, который требуетъ уголовно-юридической охраны, несостоятельно, такъ какъ посягательство, неимѣвшее послѣдствій, именно потому, что оно осталось безъ результата, вообще не заключаетъ въ себѣ элемента опасности для другаго лица, причемъ то обстоятельство, почему оно осталось безуспѣшнымъ, безразлично; съ другой стороны общественный порядокъ, для охраны котораго существуетъ государственная власть, является нарушеннымъ всякимъ посягательствамъ отдѣльнаго лица, хотя бы таковое и осталось безъ результата.

Дѣлалось различіе между тѣми случаями, въ которыхъ ошибочно предположенный объектъ вовсе не существуетъ и тѣми, въ которыхъ онъ хотя и существуетъ, но не находится въ такихъ условіяхъ, при которыхъ совершеніе надъ нимъ умышленнаго преступленія было бы возможно. Напр. дѣвушка принимаетъ абортивное средство, ошибочно предполагая, что она беременна; купецъ, ошибочно думая, что онъ несостоятеленъ, совершаетъ вслѣдствіе этого дѣйствія, которыя законъ наказываетъ какъ злостное банкротство; напротивъ того: А, съ умысломъ совершить убійство, наноситъ ударъ трупу В, считая его живымъ; В, съ намѣреніемъ совершить кражу, беретъ вещь, которая оказывается его собственною или никому не принадлежащею.

Въ концѣ концовъ, человѣкъ, защищенный непроницаемою бронею такой же »негодный объектъ,« какъ и трупъ; то обстоятельство, что первый можетъ еще быть умерщвленъ ядомъ, а трупъ—нѣтъ, не можетъ вліять на рѣшеніе вопроса, такъ какъ обсужденію можетъ и должно подлежать только совершенное дѣйствіе, и притомъ in concreto; другія, возможныя въ будущемъ, дѣйствія противъ того же объекта не могутъ быть приняты въ соображеніе.

Глоссаторы и итальянскіе юристы признавали покушеніе, добровольно оставленное (qui noluit perficere), ненаказуемымъ. Впервые въ доктринѣ и законодательствахъ прошлаго столѣтія и въ на-

чалѣ нынѣшняго, отказъ отъ покушенія сталъ разсматриваться лишь какъ обстоятельство, смягчающее наказаніе (als Strafmilderungsgrund), пока новѣйшая доктрина вновь не признала его обстоятельствомъ, устраняющимъ наказуемость. Мотивомъ къ такому благопріятствованію со стороны закона отказу отъ покушенія служатъ не исключительно соображенія уголовной политики, но главнымъ образомъ то, что отказъ отъ покушенія свидѣтельствуетъ обыкновенно о недостаточной твердости злой воли. Отдѣльныя законодательства новаго времени снова разсматриваютъ отказъ отъ покушенія, только какъ основаніе для смягченія наказанія. Ненаказуемость отказа отъ покушенія не зависитъ отъ свойства послужившаго къ тому мотива. Die Straflosigkeit soll keine Belohnung für eine etwaige Besserung sein. Законодательства говорятъ „о внѣшнихъ обстоятельствахъ" ,препятствующихъ совершенію въ противоположность »волѣ дѣятеля«, но безотносительно къ свойству руководившаго имъ мотива. Тѣмъ рѣшительнѣе, съ другой стороны, выступаетъ требованіе, чтобы препятствованіе не было обусловлено внѣшними обстоятельствами; всякое обстоятельство, въ которомъ дѣятель видѣлъ препятствіе своей дальнѣйшей дѣятельности и которое заставило его воздержаться отъ доведенія ея до конца, должно исключать признаніе добровольнаго отступленія съ его стороны, хотя бы представленіе дѣятеля относительно этого обстоятельства было ошибочнымъ; достаточно, чтобы дѣятель уступилъ дѣйствительному или мнимому принужденію (dass der Thäter sich einer wirklichen oder vermeintlichen Nöthigung fügte). Такимъ образомъ если дѣятель ошибочно полагалъ, что его силы или ловкость не достаточны для устраненія существующаго или мнимаго препятствія, отказъ его не можетъ быть признанъ добровольнымъ. Das vermeintliche Nichtkönnen ist dem Nichtwollen nicht gleichzustellen. Добровольное отступленіе невозможно, какъ скоро дѣятель захваченъ въ расплохъ третьимъ лицомъ въ моментъ совершенія дѣянія. Препятствіе продолженію преступной дѣятельности можетъ заключаться и въ лицѣ самаго дѣятеля—слабости его силъ (случай изъ практики: при покушеніи на изнасилованіе, дѣятель, эпилептикъ, чувствуетъ приближеніе приступа, вызваннаго половымъ возбужденіемъ); во всякомъ случаѣ пониманіе дѣятелемъ того, что средство совершенія дѣянія недостаточно или негодно, относится также къ внѣшнимъ препятствующимъ обстоятельствамъ. Совершенно правильно поступаютъ тѣ законодательства, которыя,

требують, для наказуемости покушенія, чтобы оно было воспрепятствовано внѣшними обстоятельствами, не признають въ то же время добровольнаго отказа въ томъ случаѣ, если добровольное прекращеніе виновнымъ преступной дѣятельности совпало съ наступленіемъ внѣшнихъ препятствій для ея продолженія. Что касается вопроса о томъ, предполагаетъ ли добровольное отступленіе совершенное прекращеніе преступной попытки, или же покушеніе ненаказуемо и тогда, если выполненіе дѣянія было только отсрочено дѣятелемъ, то многія законодательства не признаютъ послѣднее достаточнымъ, ставя условіемъ безнаказанности »прекращеніе,« „совершенное прекращеніе" дѣятельности. Такое разграниченіе (основываемое на томъ, что только при прекращеніи дѣятельности злая воля является поколебленною, тогда какъ при отсроченіи выполненія она остается неизмѣненною) ведетъ на практикѣ къ затрудненіямъ; притомъ только въ рѣдкихъ случаяхъ дѣятель, застигнутый въ расплохъ встрѣченнымъ препятствіемъ, отдаетъ себѣ, въ моментъ отступленія, ясный отчетъ о своей дальнѣйшей дѣятельности; обыкновенно возобновленіе преступной дѣятельности совершается вслѣдствіе новой рѣшимости. Въ случаѣ т. наз. квалифицированнаго покушенія ненаказуемость дѣятеля, какъ слѣдствіе его добровольнаго отступленія, не распространяется на входящее въ составъ такого покушенія оконченное преступленіе меньшей важности; нѣкоторые кодексы оттѣняютъ это требованіе такою редакціею: »покушеніе, *какъ таковое*, ненаказуемо« и т. д.

Точно также не можетъ быть вопроса объ отказѣ со стороны дѣятеля при *оконченномъ покушеніи*, такъ какъ въ этомъ случаѣ дѣятель считаетъ свою дѣятельность вполнѣ завершенною и сознанію его представляется уже только наступленіе послѣдствія, не требующее дальнѣйшей съ его стороны дѣятельности. Но дѣятельное раскаяніе (die thätige Reue), по отношенію къ которому «отступленіе» является только частнымъ случаемъ, можетъ имѣть мѣсто и при оконченномъ покушеніи, насколько въ данномъ случаѣ еще существуетъ возможность отклонить дѣйствительное наступленіе послѣдствія посредствомъ новой дѣятельности и дѣятель пользуется такою возможностью, напр. поджигатель тушитъ зажигательное вещество. Такое дѣятельное раскаяніе можетъ наконецъ имѣть мѣсто и при оконченномъ преступленіи, насколько имъ отклоняется причиненное таковымъ преступленіемъ или только

угрожающее поврежденіе, напр. своевременное взятіе назадъ своего показанія при лжеприсягѣ, возмѣщеніе убытковъ при имущественныхъ поврежденіяхъ.

Отказъ отъ покушенія (das Abstehen vom Versuche) есть всецѣло свободный волевой актъ со стороны дѣятеля, которымъ дѣятельность прерывается въ ея поступательномъ движеніи; совсѣмъ не то дѣятельное раскаяніе, которое является уже послѣ того, какъ покушеніе окончено или самое преступленіе выполнено. Если дѣятельность, которою раскаяніе, обнаруживается, не сопровождалось благопріятнымъ результатомъ, и послѣдствіе, при оконченномъ покушеніи, несмотря на усилія, употребленныя дѣятелемъ, всетаки наступило, или же дѣятельное раскаяніе, при оконченномъ преступленіи, проявилось слишкомъ поздно и не было въ состояніи отклонить или исправить вредъ, то объективнаго предположенія безнаказанности, болѣе не существуетъ, хотя бы препятствіемъ послужилъ случай. Der Thäter trägt den Zufall, welcher die Voraussetzung der Straflosigkeit ausschliesst.

Случай идеальной совокупности оконченнаго преступленія и покушенія составляетъ т. наз. квалифицированное покушеніе, т. е. тотъ случай, когда преднамѣренное послѣдствіе дѣйствія не наступило, но дѣятельность, выполненная въ видахъ его осуществленія, уже заключаетъ въ себѣ законный составъ другаго преступленія. Напр. А ранитъ В, съ умысломъ его убить, но смерть не послѣдовала. Нѣкоторые криминалисты видятъ здѣсь покушеніе на убійство, въ совокупности съ оконченнымъ преступленіемъ тѣлеснаго поврежденія; но противъ такого мнѣнія обыкновенно приводится то соображеніе, что если бы убійство было выполнено, то этимъ исключалась бы совокупность, а потому было бы нелогично признавать эту совокупность только тогда, когда дѣяніе осталось въ границахъ покушенія. Точно также напр. нельзя въ покушеніи на изнасилованіе видѣть вмѣстѣ съ тѣмъ и оконченное преступленіе насилія, не допуская въ тоже время такой совокупности въ случаѣ выполненія изнасилованія. Это различіе въ мнѣніяхъ по данному вопросу имѣетъ практическое значеніе только для случая добровольнаго отказа отъ покушенія. Но въ этомъ случаѣ, и безъ допущенія такой совокупности, приходится признать оконченное дѣйствіе наказуемымъ, ибо хотя добровольнымъ отступленіемъ и исключается наказуемость тягчайшей преступной формы, однако то дѣйствіе, которое уже совершено, продолжаетъ оставаться нака-

зуемымъ, насколько въ немъ, и по устраненіи спеціальнаго преступнаго намѣренія, еще содержится правонарушеніе.

Съ той же точки зрѣнія долженъ быть разсматриваемъ и тотъ случай, когда кто-либо совершаетъ дѣйствіе, воспроизводящее законный составъ извѣстнаго преступленія, съ тою цѣлью, чтобы добыть въ немъ себѣ средство или удобный случай для совершенія другаго преступленія, на которое собственно и направлено намѣреніе дѣятеля. А раскладываетъ огонь, чтобы, пользуясь общимъ смятеніемъ, совершить грабежъ; если послѣ того какъ огонь былъ подложенъ, намѣреніе учинить грабежъ исчезаетъ, то самый поджогъ, являясь во всякомъ случаѣ только приготовленіемъ къ грабежу, ненаказуемъ. Но если законъ (какъ это дѣлаютъ нѣкоторые кодексы) квалифицируетъ поджогъ, учиненный съ цѣлью грабежа, во время общаго смятенія, то моментъ квалификаціи существуетъ уже въ самомъ поджогѣ и устраненіе умысла совершить грабежъ не имѣетъ никакого значенія для вопроса о наказуемости.

Общее положеніе о меньшей наказуемости покушенія сравнительно съ совершеніемъ признается въ настоящее время всѣми. Масштабъ для опредѣленія наказуемости дѣянія лежитъ въ соединеніи субъективной и объективной точекъ зрѣнія. Интенсивность злой воли развивается въ поступательной преступной дѣятельности лица въ той же мѣрѣ, какъ возрастаютъ опасность и вредоносность дѣйствія; только съ совершеніемъ (Vollendung) преступнаго дѣянія конечная цѣль его является достигнутою, а вмѣстѣ съ нею и преступная воля получаетъ свое полное осуществленіе. При неоконченномъ покушеніи никогда не можетъ быть увѣренности въ томъ, что воля дѣятеля была настолько тверда, чтобы сохраниться (auszudauern) до самаго послѣдняго необходимаго акта и быть способною преодолѣть всякое препятствіе; при покушеніи оконченномъ—дѣйствіе еще не произвело того вреда, которымъ характеризуется оконченное преступленіе. Разъ законодатель, опредѣляя законный составъ оконченнаго преступленія, сдѣлалъ наступленіе послѣдствія необходимымъ предположеніемъ установленнаго имъ наказанія, онъ уже не можетъ засимъ распространить это наказаніе и на тотъ случай, когда послѣдствіе не наступило.

III.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1863 г. стр. 167 170.
Его же: **Grundsätze des preussischen Strafrechts,** 1861 г. стр. 1—17.

Преступленіе называется совершеннымъ, когда данное дѣйствіе осуществило въ себѣ его понятіе (sobald die Handlung den Begriff desselben verwirklicht hat). Въ большинствѣ случаевъ въ понятіе *совершенія* входитъ и наступленіе послѣдствія, коимъ достигается намѣреніе дѣятеля; однако и въ этомъ случаѣ требуется лишь осуществленіе намѣренія, а не цѣли. Выраженіе оконченное преступленіе (delictum consummatum) противополагается покушенію и можетъ поэтому относиться только къ умышленнымъ преступленіямъ. Покушеніемъ называется начатое, но не достигшее цѣли выполненіе преступленія (nicht zum Ziele gelangte Ausführung des Verbrechens). Намѣреніе при покушеніи характеризуется тѣми же признаками, какъ и при совершеніи, но здѣсь оно не достигло соотвѣтственнаго осуществленія. Die Absicht ist das geistige Ganze, das vom ersten Beginne des Versuches schon vollständig vorhanden ist, aber sich erst durch den Verlauf der ganzen Ausführung in die Existenz setzt.

Безъ намѣренія покушеніе невозможно; понятіе покушенія ограничивается, слѣдовательно, только умышленными преступленіями. Между умысломъ и оконченнымъ дѣяніемъ можетъ существовать цѣлый рядъ переходныхъ ступеней. Къ нимъ прежде всего относятся приготовительныя дѣйствія (Vorbereitungshandlungen). Дѣйствіе является приготовительнымъ только тогда, если разсматривается въ его отношеніи къ другому дѣйствію, къ совершенію. Если же уголовный законъ запрещаетъ, какое либо дѣйствіе, могущее служить приготовленіемъ, безотносительно къ подготовляемому имъ выполненію (ohne Beziehung auf eine dadurch vorzubereitende Ausführung), то онъ наказываетъ его уже не какъ приготовленіе, а какъ само по себѣ наказуемое дѣйствіе (въ качествѣ delictum sui generis). Вопросъ о наказуемости приготовительныхъ дѣйствій долженъ быть разрѣшенъ отрицательно, съ одной стороны потому, что между волею, проявляющеюся въ простыхъ приготовленіяхъ, и волею, выражающеюся въ выполненіи преступленія, лежитъ неизмѣримая пропасть; простое приготовительное дѣйствіе возможно и при такомъ преступномъ хотѣніи (Wollen), которое не болѣе какъ бѣглая мысль, мимолет-

ное влеченіе; напротивъ того выполненіе требуетъ полной энергіи воли, полной преступной рѣшимости; съ другой стороны, при отсутствіи необходимой постоянной взаимной связи между приготовительными дѣйствіями и преступленіемъ, въ большей части случаевъ нѣтъ никакихъ вѣрныхъ признаковъ, по которымъ бы можно было заключить, что извѣстное дѣйствіе служило приготовленіемъ къ другому. Unzählige Vorbereitungen werden, wie zu guten, so zu bösen Werken gemacht, ohne dass es zu den Werken selbst kommt; diese Vorbereitungen schlafen wieder ein, wenn man nicht zum weiteren Handeln antreibt, was bei Vorbereitungen zu strafbaren Werken dadurch geschehen würde, dass man hinter dem Thäter sofort die Pforte zur Straflosigkeit verschlösse. Ненаказуемы поэтому, какъ дѣйствія приготовительныя: 1) пріобрѣтеніе (Herbeischaffung) средствъ, необходимыхъ для совершенія преступленія (напр. покупка ружья), и 2) приспособленіе (Zubereitung) уже имѣющихся средствъ (напр. заряженіе ружья для убійства). Впрочемъ это общее правило о ненаказуемости простыхъ приготовительныхъ дѣйствій допускаетъ изъятіе для нѣкоторыхъ преступленій, считающихся столь тяжкими и опасными, что государство должно угрожать наказаніемъ даже за самое приготовленіе къ ихъ совершенію. Изъятіе это имѣетъ за себя то юридическое основаніе, что приготовительныя дѣйствія составляютъ уже извѣстное проявленіе (Hinaustreten) воли во внѣшнемъ мірѣ, такъ что нельзя принимать ихъ безусловную ненаказуемость. Дѣйствія, угрожаемыя наказаніемъ, какъ приготовительныя, предполагаютъ намѣреніе совершить подготовляемое ими преступленіе, чѣмъ они отличаются отъ тѣхъ дѣйствій, которыя облагаются наказаніемъ, какъ delicta sui generis, безотносительно къ преступному намѣренію (хотя, впрочемъ, на томъ основаніи, что имъ часто предшествуетъ умыселъ на совершеніе преступленія, каковы напр. приготовленіе яда, ношеніе скрытаго оружія). Новые кодексы требуютъ для наличности наказуемаго покушенія начала выполненія (Anfang der Ausführung). Съ момента начатія выполненія, воля, какъ уже рѣшившаяся, дѣйствительная воля (als entschlossener wirklicher Wille) вступаетъ на почву внѣшняго міра, въ область общественной жизни, на почву права; съ этого пункта начинается преступленіе въ собственность смыслѣ этого слова. Какъ ни ясно различіе между *приготовленіемъ* и *выполненіемъ*, однако часто весьма трудно бываетъ отдѣлить конецъ приготовленія отъ начала выполненія. Но эта трудность не можетъ заставить

усомниться въ правильности самаго различія. Простое заготовленіе или приспособленіе средствъ безъ сомнѣнія входитъ въ область приготовительныхъ дѣйствій, потому что, до пріобрѣтенія и приспособленія средствъ, немыслимъ переходъ воли къ дѣянію (выполненію), и отъ дѣятеля пока еще вполнѣ зависитъ: приступать или не приступать къ выполненію. Точно также, съ другой стороны, всякое дѣйствіе, въ которомъ заключается самое преступленіе, которое обосновываетъ его законный составъ и, не требуя отъ виновнаго никакой дальнѣйшей дѣятельности, само по себѣ, непосредственно ведетъ къ воспроизведенію преступнаго послѣдствія, необходимо входитъ въ область совершенія. Между этими двумя крайними пунктами возможенъ цѣлый рядъ такихъ дѣяній, о которыхъ нельзя сказать вообще, абстрактно, относятся ли они туда, или сюда, и которыя должны быть признаваемы дѣйствіями приготовленія или совершенія, смотря по характеру отдѣльнаго случая (nach der Natur des besonderen Falles). Впрочемъ, если въ этой промежуточной области и невозможно установить какой-либо общей нормы разграниченія покушенія отъ приготовленія для всѣхъ преступленій, то по отношенію къ отдѣльнымъ видамъ преступленій доктрина можетъ дать нѣкоторыя руководящія указанія. Въ частности, останавливаясь на вопросѣ о томъ, составляютъ ли взлѣзаніе и взломъ, тайное проникновеніе въ домъ (Einschleichen) только приготовительныя дѣйствія къ кражѣ, или же въ нихъ уже заключается начало совершенія, авторъ разрѣшаетъ его такъ: взлѣзаніе или взломъ только тогда могутъ быть разсматриваемы какъ дѣйствія совершенія, если выразившаяся въ нихъ энергія указываетъ на то, что воля совершить похищеніе превратилась въ преступную рѣшимость, если обстоятельства такъ сложились, что нѣтъ разумныхъ поводовъ сомнѣваться въ наличности окрѣпшей рѣшимости на совершеніе кражи. Поэтому если взломъ или взлѣзаніе было весьма легко выполнить, если дѣятель робкій новичекъ въ преступленіи, то мы должны видѣть въ учиненіи взлома только приготовленіе къ кражѣ. Но если взломъ или взлѣзаніе были особенно затруднительны, если дѣятель закоренѣлый воръ по привычкѣ, то мы признаемъ тѣ же дѣйствія началомъ совершенія. Мы должны въ послѣднемъ случаѣ сказать себѣ: дѣйствіе само по себѣ двусмысленно: оно можетъ быть простымъ приготовленіемъ, но можетъ быть и началомъ совершенія. Но тотъ, кто обнаружилъ настолько рѣшительную волю, что преодолѣлъ

встрѣченныя имъ чрезвычайныя препятствія, или кто является такимъ закоренѣлымъ воромъ, что, и послѣ многократнаго наказанія за кражу, снова отваживается на совершеніе взлома, тотъ, учинивши взломъ и достигнувъ этимъ желаемаго удобнаго случая, уже не откажется отъ совершенія кражи (der wird nicht Kehrt machen und den Diebstahl unterlassen); въ совершенномъ имъ взломѣ обнаруживается воля совершить преступленіе, его взломъ есть дѣйствіе совершенія; индивидуальныя обстоятельства даннаго случая отнимаютъ у дѣйствія его двусмысленный характеръ. О тайномъ проникновеніи въ домъ съ воровскимъ умысломъ, должно сказать то же самое, но такъ какъ въ немъ обыкновенно не проявляется столь рѣшительная энергія воли, то оно чаще, нежели взломъ, должно быть разсматриваемо, какъ приготовительное дѣйствіе.

Если взломъ совершенъ съ цѣлью убійства, то всегда останется подъ сомнѣніемъ, обладалъ ли виновный необходимою для выполненія убійства рѣшимостью (zur Tödtung selbst nöthige Entschlossenheit). Быть можетъ, дѣятель настолько былъ возбужденъ противъ своего врага, что не останавливается передъ поврежденіемъ его имущества, что у него хватило энергіи на сравнительно маловажное преступленіе—разрушеніе двери, но покусится ли онъ на его жизнь—это еще вопросъ.

Если взломъ произведенъ съ намѣреніемъ совершить изнасилованіе, то хотя, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, и можно допустить, что рѣшимость, которой достало для учиненія взлома, оказалась бы достаточною и для изнасилованія, но дѣло въ томъ, что послѣднее преступленіе носитъ совершенно иную окраску, чѣмъ взломъ. Воля, проявляющаяся во взломѣ носитъ характеръ преступленія противъ имущества, но вовсе не имѣетъ характера посягательства на цѣломудріе; поэтому наказаніе совершителя взлома за изнасилованіе возбудило бы общій смѣхъ. Авторъ отрицаетъ возможность признанія взлома не при имущественныхъ преступленіяхъ началомъ совершенія, по слѣдующимъ двумъ основаніямъ: 1) потому, что при болѣе тяжкихъ преступленіяхъ взломъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ служить доказательствомъ присутствія необходимой энергіи воли и 2) такъ какъ при преступленіяхъ не противъ имущества взломъ вообще не носитъ специфическаго оттѣнка преступленія, еще не объективируетъ dolus specialis даннаго преступленія.

Нѣкоторыя сомнѣнія возникаютъ относительно опредѣленія начала отравленія, вытравленія тѣлеснаго плода и причиненія безплодія. Одна только покупка, простое заготовленіе яда не составляютъ еще покушенія на отравленіе. Несомнѣнно также, что поднесеніе яда (Darreichung) слѣдуетъ считать дѣйствіемъ совершенія; равнымъ образомъ таковымъ, не колеблясь, можно признать поставленіе яда въ такое мѣсто, изъ котораго лицо, которое хотятъ отравить, имѣетъ обыкновеніе доставить себѣ пищу. Но заключается ли начало совершенія въ дѣйствіи лица, наливающаго ядъ въ кубокъ, изъ котораго долженъ пить тотъ, кого оно намѣрено отравить, или же за этимъ дѣйствіемъ должно еще послѣдовать поднесеніе яда или помѣщеніе его въ указанныхъ выше условіяхъ—это вопросъ, утвердительное или отрицательное рѣшеніе котораго зависитъ отъ той или другой комбинаціи обстоятельствъ въ конкретномъ случаѣ. Если кубокъ съ отравленнымъ напиткомъ уже находится передъ глазами отравляемаго, быть можетъ даже такъ, что отравителю ничего другаго не остается, какъ или выдать себя, или допустить, чтобы другое лицо выпило ядъ, то мы можемъ признать въ наполненіи имъ кубка начало совершенія преступленія. Но если ядъ налитъ въ отдаленной комнатѣ, если кромѣ того моментъ, въ который ядъ долженъ быть выпитъ другимъ лицомъ, еще далекъ, то вливаніе яда является только заготовленіемъ средства и можетъ быть признано приготовительнымъ дѣйствіемъ. Засимъ само собою понятно, что все сказанное по поводу покушенія на отравленіе вполнѣ примѣнимо и къ вытравленію плода и причиненію безплодія и что соображенія относительно значенія взлома при кражѣ могутъ быть отнесены и къ грабежу. Такъ, при грабежѣ начало совершенія слѣдуетъ видѣть не только въ начатіи ограбленія лица, отнятіи у него собственности, но также и въ предшествующихъ насильственныхъ дѣйствіяхъ противъ его личности. Вообще, для опредѣленія того, является ли разсматриваемое дѣйствіе (предшествующее т. наз. главному дѣйствію) началомъ совершенія или только приготовленіемъ, необходимо рѣшить слѣдующіе вопросы: находилось ли данное дѣйствіе въ тѣсной взаимной связи съ тѣмъ главнымъ дѣйствіемъ? выразилась ли уже въ немъ вся преступная энергія? носило ли оно свойственную главному дѣйствію преступную окраску?

Такъ же условно можно отвѣчать и на спорный вопросъ о

томъ: допустимо ли наказуемое покушеніе при негодности средствъ или объекта преступленія. Если объектъ умышленнаго убійства есть тѣнь, дерево или трупъ; если средствомъ, употребленнымъ для умерщвленія, будетъ сахаръ вмѣсто мышьяку, волшебная палочка вмѣсто кинжала и т. п., то о наказуемомъ покушеніи не можетъ быть и рѣчи, ибо здѣсь нѣтъ ничего, что могло быть пригоднымъ для совершенія преступленія (zur Vollbringung Dienstliches). Въ самомъ дѣлѣ здѣсь нѣтъ начала выполненія, такъ какъ то, чего нельзя выполнить, нельзя и начать выполнять. Но преступленіе, которое съ самаго начала невозможно, не есть преступленіе. Законодатель угрожаетъ наказаніемъ только за преступленія дѣйствительныя и за начало совершенія дѣйствительныхъ преступленій. Порывъ человѣка къ совершенію невозможнаго преступленія можетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ служить вполнѣ достаточнымъ доказательствомъ его злой воли; но законъ никогда не караетъ одну злую долю, хотя бы существованіе послѣдней было вполнѣ доказано. Наказуемость наступаетъ впервые тогда, когда осуществлено по меньшей мѣрѣ начало правонарушенія, когда дѣяніе начало дѣлаться опаснымъ. Чисто субъективное пониманіе „начала выполненія" было бы совершенно не юридическимъ, а потому мы считаемъ себя вправѣ сказать, что, при абсолютной негодности средствъ или объекта, понятіе о наказуемомъ покушеніи исчезаетъ (ausgeschlossen sei). Если объектомъ умышленнаго убійства будетъ человѣкъ, но оказавшійся невоспріимчивымъ къ яду, предназначенному для его отравленія, или защищенный панцыремъ отъ направленнаго въ него выстрѣла; если средствомъ умерщвленія служилъ ядъ, но слишкомъ слабый для даннаго человѣка, то въ этихъ случаяхъ наказуемое покушеніе конечно возможно. Не допуская этого, пришлось бы совершенно отрицать возможность наказуемаго покушенія, такъ какъ если бы все въ данномъ случаѣ благопріятствовало совершенію преступленія, то результатомъ такихъ вполнѣ благопріятныхъ условій всегда и являлось бы оконченное преступленіе. Въ этомъ заключается юридическое основаніе того положенія, что относительная негодность средства и объекта не исключаетъ понятія наказуемаго покушенія. Между средствами и объектами, безусловная негодность которыхъ очевидна, и средствами и объектами только относительно негодными существуетъ опять таки область сомнительныхъ случаевъ; но теорія, стремящаяся установить въ этомъ отношеніи какія либо общія на-

чала, забываетъ о границахъ, отдѣляющихъ область теоріи отъ области судейской оцѣнки.

Покушеніе можетъ остаться неоконченнымъ (nicht beendigter Versuch), причемъ прекращеніе его можетъ вытекать изъ свободнаго побужденія дѣятеля, или обусловливаться внѣшними препятствующими обстоятельствами. Отказъ отъ неоконченнаго покушенія, происходящій вслѣдствіе свободнаго побужденія дѣйствующаго лица, дѣлаетъ покушеніе, какъ таковое, ненаказуемымъ. Но то, что уже содѣяно, можетъ, само по себѣ, составлять другое самостоятельное преступленіе. Насколько воля дѣлтеля не могла уже быть взята имъ обратно (insoweit war eine Zurücknahme des Willens nicht mehr möglich), въ той же мѣрѣ и наказаніе является заслуженнымъ. Если же содѣянное не преступно само по себѣ, то никакое наказаніе не можетъ имѣть мѣста, Въ пользу ненаказуемости покушенія, прерваннаго по свободному побужденію дѣйствующаго лица, существуютъ: 1) юридическое основаніе. Если продолженіе дѣйствія было оставлено по свободному побужденію, оно теряетъ характеръ покушенія; преступникъ добровольно отказался отъ неосуществленной части своего намѣренія, а слѣдовательно въ томъ, что совершено преступникомъ, ничто не свидѣтельствуетъ о наличности болѣе широкой преступной воли. Der noch nicht verwirklichte Theil der Absicht ist aus der Aussenwelt wieder zurückgenommen worden. Und da dies aus freiem Antriebe geschah, so bekundet sich in dem äusserlich Bewirkten kein darüber hinausgehender realer Wille. 2) политическое основаніе. Желательно, чтобы преступникъ, пока еще въ его власти предотвратить послѣдствія своихъ дѣйствій, могъ надѣяться на безнаказанность; отрѣзать ему дорогу къ безнаказанности значитъ заставить его идти далѣе по пути къ совершенію преступленія; напротивъ, если оставить ненаказуемымъ покушеніе, добровольно оставленное, то тѣмъ самымъ преступникъ до послѣдняго момента будетъ поощряемъ къ отказу отъ преступленія. Возможность отступленія прекращается при оконченномъ или неудавшемся покушеніи (conatus perfectus, delictum perfectum, beendigter или fehlgeschlagener Versuch). Покушеніе слѣдуетъ считать оконченнымъ, когда дѣяніе, непосредственно направленное на осуществленіе послѣдствія, осталось безуспѣшнымъ (wenn der Handelnde fruchtlos die unmittelbar auf den Erfolg gerichtete Handlung vollzogen hat). Нѣмецкіе кодексы весьма расходятся въ своихъ опредѣленіяхъ оконченнаго покушенія. Такъ баварскій кодексъ 1813 г.

характеризуетъ приготовительныя дѣйствія какъ отдаленное покушеніе, въ противоположность ближайшему покушенію, которое опять распадается на оконченное и неоконченное; различіе это, по мнѣнію Berner'а, проведено невѣрно. Саксонскій кодексъ 1838 г. не признаетъ дѣленія покушенія на степени. Вюртгембергскій 64, Ганноверскій 33, Брауншвейгскій 36, Дармштадтскій, 68, Баденскій 106 и 107, Тюрингенскій 23 № 2, Саксонскій 40, Прусскій, 31, различаютъ оконченное и неоконченное покушенія. Вюртгембергскій признаетъ покушеніе оконченнымъ, когда преступникъ сдѣлалъ все, что нужно было съ его стороны для совершенія, но послѣдствіе, принадлежащее къ законному составу преступленія, всетаки не наступило. Баденскій прибавляетъ еще къ этому требованіе, что послѣдствіе должно быть предотвращено препятствіями (durch zwischengetretene Umstände), исходящими не изъ воли дѣятеля и не изъ его образа дѣйствій. Проекты Дармштадтскій и Саксонскій 1855 г., art. 40, опредѣляютъ оконченное покушеніе словами: «все, что онъ считалъ нужнымъ сдѣлать». Прусскій кодексъ называетъ неоконченнымъ покушеніе воспрепятствованное (gehinderte Versuch), а оконченнымъ оставшееся безъ послѣдствій (ohne Erfolg gebliebene Versuch). Баварскій 1861 г. не даетъ вовсе опредѣленія. Оконченное покушеніе отличается отъ другихъ покушеній, во 1-хъ своею законченностію (durch die Beendigung) и во 2-хъ невозможностію отступленія. Неповтореніе оконченнаго покушенія не есть отступленіе; не будетъ также отступленіемъ предотвращеніе вредныхъ послѣдствій, вслѣдствіе раскаянія; впрочемъ законъ можетъ видѣть въ этомъ обстоятельство, смягчающее вину (Milderungsgrund), какъ это дѣлаютъ кодексы: Баденскій 118, Гэтскій 26 (прочіе тюрингенскіе кодексы видятъ въ этомъ лишь уменьшающее наказаніе обстоятельство, Minderungsgrund). Если понятіе преступленія не требуетъ наступленія опредѣленнаго послѣдствія, то различіе между покушеніемъ оконченнымъ и неоконченнымъ отпадаетъ. Покушеніе оконченное представляетъ высшую степень покушенія, ибо тотъ, кто еще оставляетъ для себя возможность отступленія открытою, заслуживаетъ меньшаго наказанія, нежели тотъ, кто, доведеніемъ покушенія до конца, устраняетъ эту возможность. Можетъ случиться, что покушеніе на какое нибудь преступленіе уже заключаетъ въ себѣ совершеніе другаго преступленія, которое остается подлѣ перваго вполнѣ самостоятельнымъ и имъ не поглощается (nicht in dasselbe aufgeht). Тогда одно и то же дѣяніе будетъ совершеніемъ одного преступленія и по

кушеніемъ на другое; здѣсь, слѣдовательно, имѣется дѣйствительное стеченіе покушенія и совершенія, такъ наз. идеальная совокупность (ideale Concurrenz). Напр. А зажигаетъ домъ, чтобы сжечь живущаго въ немъ. Поджогъ удается, но не влечетъ за собою смерти, на которую А разсчитывалъ; здѣсь стекаются поджогъ и покушеніе на убійство,—идеальная совокупность, въ одномъ и томъ же дѣяніи, совершенія одного преступленія и покушенія на другое. Точно также имѣется стеченіе совершенія и покушенія, если кто нибудь, съ цѣлью освободиться изъ тюрьмы, совершилъ убійство, но самоосвобожденіе не удалось. Напротивъ не будетъ стеченія покушенія съ совершеніемъ, когда оконченное дѣяніе составляетъ вообще необходимую составную часть того преступленія, на которое покушеніе направлено. Напр. никого нельзя убить безъ тѣлеснаго повреждения. Если убійство не удается послѣ причиненія тѣлеснаго поврежденія, то тутъ нѣтъ совокупности оконченнаго тѣлеснаго повреждения и покушенія на убійство, а только покушеніе на убійство. Нельзя безъ насилія произвести изнасилованія. Если послѣднее не удается послѣ употребленія насилія, то въ этомъ случаѣ нѣтъ совокупности причиненнаго насилія и покушенія на изнасилованіе, а только послѣднее. Называть стеченіе покушенія съ совершеніемъ „квалифицированнымъ покушеніемъ“ (qualificirter Versuch), какъ это дѣлаютъ Фейербахъ (Lehrb. § III) и Веберъ (Ueber das geendigte Verbrechen въ Archiv IV, 24 и слѣд.), было бы, по мнѣнію автора, односторонне и сбивчиво, такъ какъ выраженіе „qualificirter Versuch“ оттѣняетъ только покушеніе, а слѣдовательно, годится лишь для того случая, гдѣ покушеніе является болѣе тяжкимъ, а совершеніе легчайшимъ преступленіемъ.

VI.

Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, изд. 1881 г. стр. 203 и слѣд.

Покушеніе можетъ быть опредѣлено, какъ попытка учинить преступное дѣяніе, достигшая по меньшей мѣрѣ начала его совершенія, но не выполненія. Новѣйшее законодательство, слѣдуя правилу итальянскихъ юристовъ, ограничивавшихъ наказуемость покушенія наиболѣе важными преступленіями (delicta atrociora), признаетъ наказуемымъ во всѣхъ случаяхъ только покушеніе на

преступленіе; покушеніе на проступокъ наказуемо лишь при нѣкоторыхъ видахъ проступковъ, и наконецъ покушеніе на нарушеніе никогда ненаказуемо. Въ видѣ изъятія, законъ иногда не дѣлаетъ различія между покушеніемъ и оконченнымъ преступленіемъ, облагая наказаніемъ самую попытку совершить преступленіе (напр. государственная измѣна). Останавливаясь на вопросѣ о томъ, при всѣхъ ли видахъ преступныхъ дѣяній мыслимо покушеніе, авторъ находитъ: а) покушеніе, повидимому, невозможно при такихъ преступленіяхъ, въ которыхъ законъ облагаетъ наказаніемъ не воспроизведеніе послѣдствія, а самое учиненіе опредѣленнаго дѣйствія; однако и въ этомъ случаѣ возможность покушенія не безусловно исключается, такъ какъ явленія, образующія дѣйствіе, иногда являются только слѣдствіемъ извѣстной предшествующей дѣятельности. Вообще нѣтъ такого преступленія, которое бы исключало возможность покушенія. Даже тѣ преступленія, которыя совершаются устно (напр. оскорбленіе) не безусловно исключаютъ возможность покушенія, такъ какъ опредѣленныя слова могутъ заключать въ себѣ только начало выполненія, а не оконченное уже оскорбленіе. Точно также возможно покушеніе и въ случаяхъ совершенія преступленія посредствомъ упущенія и даже при настоящихъ omissiodelicta (напр. дѣятель ставитъ себя въ такое положеніе, въ которомъ онъ не можетъ сдѣлать предписываемаго закономъ донесенія); только подобное покушеніе никогда не можетъ быть наказано, какъ таковое (kann nie als solcher zur Bestrafung gelangen), развѣ бы дѣятель впослѣдствіи былъ вынужденъ все таки выполнить противъ его воли предписанное дѣйствіе, вслѣдствіе чего совершеніе преступленія дѣлается невозможнымъ (dadurch die Vollendung hinwegfällt); б) покушеніе, повидимому, невозможно при тѣхъ преступленіяхъ, которыя, будучи въ сущности покушеніемъ или приготовленіемъ къ другому преступленію, разсматриваются закономъ, какъ самостоятельныя преступленія. Но, спрашиваетъ авторъ, почему не можетъ быть наказанъ за покушеніе тотъ, кто пытается подготовить государственную измѣну, входя въ соглашеніе съ иностраннымъ правительствомъ? в) покушеніе невозможно, повидимому, въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ законъ облагаетъ наказаніемъ самую попытку (Unternehmen) совершенія. Но и здѣсь нельзя вполнѣ отрицать возможности покушенія. такъ какъ понятіе попытки совершенія (Unternehmen) въ томъ опредѣленіи, которое даетъ законъ, является болѣе узкимъ, чѣмъ понятіе покушенія.

Что касается субъективной стороны покушенія, то въ этомъ отношеніи существеннымъ элементомъ его является преступный умыселъ; неосторожное покушеніе вообще немыслимо. Нельзя впрочемъ утверждать, чтобы ненаказуемость неосторожнаго дѣянія, оставшагося безъ результата (которое представляетъ аналогію покушенія) логически вытекала сама собою. Съ теоретической точки зрѣнія слѣдовало бы напр. наказывать и за неосторожный выстрѣлъ, пролетѣвшій мимо человѣка, такъ какъ въ этомъ дѣйствіи уже выразилась невнимательность къ чужимъ интересамъ, которая юридически не можетъ считаться неимѣющею значенія, и если положительное право отказывается отъ примѣненія наказанія въ подобныхъ случаяхъ, то такое съуживаніе карательной сферы объясняется исключительно соображеніями практическаго свойства. Относительно умысла при покушеніи не требуется, чтобы онъ былъ обдуманный; покушеніе можетъ быть выполнено и съ необдуманнымъ умысломъ, напр. въ состояніи аффекта. Возможно, далѣе, покушеніе съ неопредѣленнымъ умысломъ, такъ какъ стремленіе къ осуществленію послѣдствія, хотя бы и съ неопредѣленнымъ умысломъ, заслуживаетъ наказанія независимо отъ того, увѣнчалось оно результатомъ или нѣтъ; то обстоятельство, что покушеніемъ руководило неопредѣленное намѣреніе, имѣетъ значеніе только для опредѣленія мѣры наказанія. Во всякомъ однако случаѣ для покушенія необходима *дѣйствительная* воля учинить дѣяніе (преступная рѣшимость), а не одно только представленіе дѣятеля о своей будущей волѣ, и, слѣдовательно, возможно, что дѣйствіе, объективно представляющееся началомъ совершенія, не будетъ наказуемо какъ покушеніе, такъ какъ дѣятель учинилъ его въ то время, когда еще не имѣлъ дѣйствительнаго умысла его выполнить. Изъятіе составляютъ только такія дѣйствія совершенія (Ausführungshandlungen), съ которыми, по самой ихъ природѣ, связанъ преступный умыселъ.

Относительно объективной стороны покушенія слѣдуетъ замѣтить: 1) что простое объявленіе о намѣреніи учинить преступленіе не составляетъ покушенія, а, смотря по обстоятельствамъ, подлежитъ наказанію, какъ угроза или какъ оскорбленіе; 2) отъ покушенія должно отличать приготовительныя дѣйствія, которыя предшествуютъ совершенія преступленія, выполняются обыкновенно еще не съ твердой рѣшимостію на совершеніе его и ни въ какомъ случаѣ не входятъ въ кругъ тѣхъ дѣйствій, которыя при

надлежать къ составу наказуемаго дѣянія. Въ качествѣ приготовительныхъ, слѣдуетъ разсматривать тѣ дѣйствія, чрезъ посредство которыхъ дѣятель ставитъ себя, по отношенію къ существующимъ условіямъ, или эти условія, по отношенію къ самому себѣ, въ такое положеніе, которое дѣлаетъ возможнымъ или облегчаетъ выполненіе преступленія. На этомъ основаніи слѣдуетъ отнести къ приготовительнымъ дѣйствіямъ не только добываніе и заготовленіе необходимыхъ средствъ и орудій, равно какъ подъисканіе удобнаго случая для совершенія преступленія, но и тѣ дѣйствія, которыя предназначены для того, чтобы препятствовать раскрытію умышленнаго преступленія или обезпечить дѣятелю пользованіе плодами преступленія. Съ чисто теоретической точки зрѣнія, и эти дѣйствія должны бы подлежать наказанію, такъ какъ въ нихъ уже проявляется воля, направленная на преступное. Понятно тѣмъ не менѣе, замѣчаетъ авторъ, почему законъ въ видѣ общаго правила отказывается отъ наказанія приготовительныхъ дѣйствій, ставя ихъ подъ уголовную угрозу только при отдѣльныхъ видахъ преступныхъ дѣяній (поддѣлка монеты, государственная измѣна). 3) Къ покушенію должно отнести только дѣйствія, коими совершается преступленіе (Ausführungshandlungen), что признавала еще Carolina, требуя для наличности покушенія: „такія видимыя дѣйствія, которыя могутъ служить для совершенія злодѣянія." Большинство нѣмецкихъ кодексовъ, въ томъ числѣ и германское уложеніе воспользовались заимствованнымъ изъ французскаго права болѣе точнымъ опредѣленіемъ покушенія: «начало выполненія.»

Ближайшій анализъ опредѣленія: »начало выполненія« приводитъ къ слѣдующимъ выводамъ: а) неправильно было бы считать дѣйствіями совершенія такія дѣйствія, въ которыхъ преступный умыселъ выразился съ достаточною ясностію, такъ какъ и приготовительныя дѣйствія иногда совершенно ясно обнаруживаютъ намѣреніе дѣятеля; б) нельзя опредѣлить дѣйствія совершенія какъ такія, кои предназначены для непосредственнаго воспроизведенія соотвѣтственнаго послѣдствія, или между которыми и послѣдствіемъ существуетъ непрерывная связь (ein continuirlicher Zusammenhang), потому что бываютъ такія дѣйствія совершенія (напр. убійства), которыя еще очень далеко отстоятъ отъ ихъ послѣдствія, причемъ между ними и послѣдствіемъ существуетъ рядъ другихъ дѣйствій; в) надлежитъ признавать дѣйствіями совершенія такія, кои являются дѣйствительною составною частью

наказуемаго закономъ дѣянія. Обнять кругъ этихъ дѣйствій общею формулою невозможно; можно сказать лишь, что понятіе дѣйствій совершенія съ одной стороны не должно быть чрезмѣрно расширяемо, не должно захватывать и область приготовительныхъ дѣйствій, а съ другой—не должно быть ограничиваемо только послѣднею частью выполненія. Такимъ образомъ моментъ отправленія лица на мѣсто предстоящаго совершенія убійства еще не входитъ въ составъ этого дѣянія, а съ другой стороны дѣйствіемъ совершенія нельзя считать только тотъ ударъ, который долженъ былъ обусловить смертельное повреждение, а сюда же надлежитъ отнести и схватываніе человѣка съ цѣлью его убить, опрокидываніе его на землю для той же цѣли и т. п. Невыполненіе преступнаго дѣянія можетъ (помимо добровольнаго отказа отъ его совершенія) зависѣть отъ двоякаго рода причинъ: во 1-хъ оттого, что выполненію противопоставляется внѣшнее препятствіе и, во 2-хъ, оттого, что дѣянію уже съ самаго начала недоставало необходимыхъ для его выполненія условій. Что привхожденіе посторонняго явленія не уничтожаетъ наказуемости покушенія, понятно само собою. Сомнѣнія возбуждаетъ только второй случай, именно когда въ самомъ дѣяніи уже ранѣе отсутствовали условія его выполненія, если недоставало годнаго для того объекта, или были употреблены въ дѣло негодныя средства. Но и здѣсь остается въ силѣ то положеніе, что если объектъ является самъ по себѣ годнымъ, то возможность покушенія не исключается тѣмъ, что онъ въ данномъ случаѣ недоступенъ для посягательства, напр. когда угрожаемый защищенъ отъ удара кинжала панцыремъ, огражденъ отъ отравленія привычкою къ данному яду. Точно также если избранное дѣятелемъ средство само по себѣ можетъ считаться годнымъ, то возможность покушенія не устраняется тѣмъ, что это средство было въ данномъ случаѣ употреблено въ недостаточномъ количествѣ, т. е. нецѣлесообразно. Такъ наз. относительная негодность объекта и относительная негодность средствъ несомнѣнно не служатъ препятствіемъ къ признанію наличности покушенія. Спорнымъ представляется только тотъ случай, когда для учиненія дѣянія вполнѣ или безусловно недоставало годнаго объекта или годнаго средства, когда напр. человѣкъ, котораго дѣятель намѣревался лишить жизни, вовсе не существовалъ въ дѣйствительности или въ моментъ дѣянія былъ уже мертвымъ, когда въ качествѣ средства для убійства былъ употребленъ сахаръ вмѣсто

мышьяка и т. п. Вопросъ о томъ, существуютъ ли вообще случаи безусловно негодныхъ средствъ является спорнымъ, и многіе криминалисты (Köstlin, Hälschner, Schwarze, Buri, Lammasch, Hertz, Cohn, Liszt) утверждаютъ, что всякое средство при извѣстныхъ условіяхъ способно произвести всякое послѣдствіе. Но какъ ни справедливо то, что при извѣстныхъ условіяхъ можно убить человѣка и соломиною или дачею ему сахара, всетаки невозможно было бы совершить при помощи сахара кражу или произнесеніемъ извѣстныхъ словъ учинить изнасилованіе и т. п. Кромѣ того, чтобы произнести приговоръ объ абсолютной или относительной негодности даннаго средства, необходимо имѣть въ виду не только данное преступленіе, но также и данный способъ его совершенія. Насколько справедливо, что извѣстнаго субъекта можно убить соломиной или извѣстною порціею сахара, въ той же мѣрѣ невозможно кого бы то ни было положить на мѣстѣ ударомъ соломины или отравить сахаромъ (т. е. повредить здоровью дачею маленькихъ порцій сахару). Такимъ образомъ нельзя сомнѣваться въ существованіи случаевъ какъ абсолютной негодности объекта, такъ и безусловной негодности средства. Сомнѣнія скорѣе можетъ возбуждать вопросъ о наказуемости покушенія въ подобныхъ случаяхъ. Съ чисто принципіальной точки зрѣнія и по основной идеѣ покушенія, и такіе случаи должны бы равнымъ образомъ считаться наказуемыми, такъ какъ и въ нихъ заключается рѣшительная оппозиція противъ права. Оппозиція противъ права будетъ совершенно такая же, въ томъ случаѣ, когда кто-либо намѣревается убить уже мертваго, принимая его за живаго, употребляетъ для отравленія сахаръ вмѣсто мышьяка, какъ и въ томъ, когда лицо, которое желаютъ убить, живо или въ дѣло употребленъ дѣйствительный ядъ. Нельзя также отрицать, что справедливость будетъ въ извѣстной мѣрѣ нарушена, если въ одномъ изъ этихъ случаевъ дѣятеля постигнетъ наказаніе, а въ другомъ онъ останется вполнѣ безнаказаннымъ. Но съ точки зрѣнія положительнаго права, которое во многихъ случаяхъ придаетъ объективной сторонѣ преступнаго дѣянія самостоятельное значеніе, невозможно допустить, чтобы и попытка, направленная противъ трупа или предпринятая съ абсолютно безвредными средствами, облагалась наказаніемъ, какъ убійство. Позволительно сомнѣваться въ томъ, чтобы и прокуратура и суды не прекратили дѣла, если при мнимомъ убійствѣ констатировано состояніе смерти того, кого

предполагалось убить, при мнимомъ двоеженствѣ—несуществованіе прежняго брака, при покушеніи на вытравленіе плода—безусловная безвредность употребленнаго средства. Но въ особенности сомнительно, чтобы практика рѣшилась примѣнять наказаніе въ тѣхъ случаяхъ, когда безусловно негодное средство было употреблено не вслѣдствіе ошибки относительно его тождества, а по нелѣпому или суевѣрному представленію о его свойствахъ. А между тѣмъ, стоя на чисто принципіальной точкѣ зрѣнія, пришлось бы зайти даже такъ далеко, что признавать наказуемость и покушенія съ суевѣрными средствами. Не слѣдуетъ однако приравнивать къ случаямъ безусловной негодности объекта тѣ случаи, когда объектъ существуетъ въ дѣйствительности, но только не находится во время совершенія дѣянія на данномъ мѣстѣ. Поэтому напр., покушеніе убить А выстрѣломъ, направленнымъ въ то мѣсто, гдѣ онъ предполагается сидящимъ, тогда какъ его тамъ въ этотъ моментъ не было, покушеніе украсть деньги изъ кармана X, который переложилъ ихъ въ другой карманъ, являются наказуемыми покушеніями на убійство и на кражу.

Большинство новѣйшихъ законодательствъ признаютъ ненаказуемымъ покушеніе, добровольно оставленное, и расходятся только въ томъ, что одни (Code pénal, кодексы прусскій и баварскій) прямо (positif) считаютъ неотступленіе виновнаго (den Nichtrücktritt), а слѣдовательно, воспрепятствованіе внѣшними обстоятельствами существеннымъ признакомъ покушенія, другія же напротивъ того (сюда относится и дѣйствующее уложеніе) придаютъ добровольному отступленію значеніе обстоятельства, устраняющаго наказуемость. Положеніе о ненаказуемости покушенія, добровольно оставленнаго, никоимъ образомъ не можетъ быть разсматриваемо, какъ послѣдовательный выводъ изъ уголовно-юридическаго начала, т. е. начала справедливаго воздаянія; положенія, въ родѣ тѣхъ, что „преступная воля есть лишь условно наказуемая“ (т. е. подъ условіемъ неотступленія) или что „преступная воля уничтожается обратнымъ воздѣйствіемъ добровольнаго отступленія“ и т. п. являются простыми фразами. Съ другой стороны нельзя считать удовлетворительнымъ то объясненіе, что законодатель имѣетъ въ виду этимъ путемъ сдѣлать невыполненіе преступленія возможно болѣе привлекательнымъ. Вѣроятный мотивъ упомянутаго постановленія закона скорѣе тотъ, говоритъ авторъ, что при добровольномъ

отступленіи, точно также какъ напр. при погашеніи давностію или при отсутствіи жалобы потерпѣвшаго (если дѣяніе преслѣдуется только по жалобѣ), практическій интересъ примѣненія наказанія болѣе или менѣе отпадаетъ. Если преступная попытка осталась невыполненною по той причинѣ, что дѣятель самъ пріостановилъ дальнѣйшее выполненіе дѣянія, то практическая важность дѣянія настолько умаляется, что несмотря на несомнѣнную наличность виновности, положительное право (которое вообще не наказываетъ покушенія въ неограниченномъ объемѣ) отказывается отъ наказанія виновнаго.

Въ частности слѣдуетъ различать два вида добровольнаго отступленія, смотря по тому, прекращаетъ ли дѣятель дальнѣйшее выполненіе дѣянія, когда выполнена только еще часть таковаго, или, уже послѣ того, какъ выполненіе дѣянія окончено, своевременно отвращаетъ наступленіе послѣдствія, необходимаго для состава оконченнаго преступленія. Примѣрами отступленія перваго рода могутъ служить: слѣзаніе съ лѣстницы, подставленной съ цѣлью совершенія кражи, возвращеніе свободы лицу, схваченному съ цѣлью его ограбленія. Примѣры отступленія втораго рода: удаленіе отравленнаго кушанья, которое было поднесено лицу съ цѣлью его умерщвленія, дача противоядія послѣ того, какъ лицо уже выпило поднесенный ему ядъ. Нельзя разсматривать, какъ отступленіе, тотъ случай, когда дѣятель не повторяетъ покушенія, послѣ однажды выполненнаго имъ, но неудавшагося посягательства. Въ обоихъ случаяхъ отступленія, необходимымъ условіемъ ненаказуемости является его добровольный характеръ; но для того, чтобы отступленіе могло быть признано добровольнымъ, не требуется моральнаго раскаянія со стороны дѣятеля. Добровольнымъ будетъ отступленіе и въ такомъ случаѣ, если дѣятель считалъ болѣе благоразумнымъ оставить дальнѣйшее выполненіе дѣянія, развѣ бы побужденіемъ къ принятію такого рѣшенія послужили встрѣченныя имъ трудности выполненія. Вопросъ рѣшается тѣмъ: опредѣлился ли дѣятель къ отступленію вслѣдствіе перевѣса внутреннихъ мотивовъ (überwiegend durch von innen kommende Vorstellungen) или же онъ уступилъ давленію внѣшнихъ препятствій (überwiegend durch den Eindruck äusserer Hindernisse).

По поводу редакціи 2 п. § 46 Германскаго уложенія [1]), авторъ

[1]) **§ 46.** Покушеніе, само по себѣ взятое, ненаказуемо, если виновный:

1) отказался отъ исполненія умышленнаго дѣянія, не бывъ принужденъ къ сему обстоятельствами, отъ его воли независѣвшими, или

замѣчаетъ, что дѣяніе является *обнаруженнымъ*, если оно дошло до свѣдѣнія такого лица, отъ котораго можно опасаться доноса. При этомъ важно самое обнаруженіе, а не увѣренность дѣятеля въ томъ, что онъ открытъ, такъ что добровольное отступленіе мыслимо еще и послѣ того, какъ дѣятель считалъ себя обнаруженнымъ, а съ другой стороны можетъ сдѣлаться уже невозможнымъ, хотя бы дѣятель и думалъ, что виновность его еще не узнана. Выраженіе: »отвратилъ собственною дѣятельностью« должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что послѣдствіе отвращено именно благодаря дѣятелю, хотя бы путемъ воздѣйствія съ его стороны на другихъ лицъ. Наконецъ рѣшеніе вопроса, можетъ ли считаться добровольнымъ отступленіемъ *отсрочка* выполненія, зависитъ отъ того, было ли то, что уже выполнено, прекращено, какъ таковое (въ этомъ случаѣ есть отступленіе), или же выполненное имѣло быть продолжено съ наступленіемъ впослѣдствіи удобнаго для того случая (здѣсь нѣтъ отступленія). Сообразно исключительной природѣ разсматриваемаго условія ненаказуемости, значеніе его исчерпывается случаями покушенія и никоимъ образомъ не можетъ быть распространяемо на тѣ дѣйствія, которыя законъ по особымъ причинамъ разсматриваетъ, какъ delicta sui generis, или на тѣ случаи, когда облагается наказаніемъ самая попытка совершенія нѣкоторыхъ преступленій, а еще того менѣе на тѣ преступныя дѣянія, законный составъ коихъ заключается въ учиненіи дѣйствія съ опредѣленною цѣлью. Но затѣмъ правило о ненаказуемости добровольнаго отступленія подлежитъ распространенію на тѣ случаи, въ коихъ облагаются наказаніемъ приготовительныя дѣйствія, какъ таковыя (единственнымъ случаемъ этого рода является, по дѣйствующему германскому уложенію, государственная измѣна), такъ какъ противорѣчило бы здравому смыслу отказывать въ значеніи устраняющаго наказуемость обстоятельства—въ случаѣ, сравнительно менѣе важномъ (при простомъ приготовленіи)—такому условію, которому придается это значеніе въ важнѣйшемъ случаѣ (при покушеніи).

Необходимо различать слѣдующіе виды покушенія: a) покушеніе болѣе отдаленное и болѣе близкое, смотря по разстоянію,

---

2) отвратилъ собственною дѣятельностью, въ то время, когда дѣяніе не было еще обнаружено, наступленіе того послѣдствія, которое требуется для совершенія преступленія или проступка.

отдѣляющему его отъ совершенія, причемъ само собою разумѣется, что первое подлежитъ меньшему наказанію, чѣмъ второе. Слѣдуетъ замѣтить, что одно и то-же дѣйствіе можетъ представляться, смотря по обстоятельствамъ, близкимъ или отдаленнымъ покушеніемъ; б) покушеніе неоконченное и оконченное, причемъ для обозначенія послѣдняго старая доктрина пользовалась выраженіемъ delictum perfectum (въ противоположность delictum consummatum или оконченному преступленію): въ иностранномъ уголовномъ правѣ для наименованія его служатъ выраженія: délit manqué, delitto mancato и т. п. Это дѣленіе покушенія на оконченное и неоконченное, признававшееся многими старыми кодексами (Вюртембергскимъ 1839, Брауншвейгскимъ 1840, Гессенъ-Дармштадтскимъ 1841, Баденскимъ 1845, Саксонскимъ 1855 и 1868), отвергается нѣкоторыми криминалистами (Биндингъ), по мнѣнію автора, совершенно неправильно. Различіе между покушеніемъ оконченнымъ и неоконченнымъ нельзя видѣть въ томъ, что первое тогда имѣетъ мѣсто, если дѣятель сдѣлалъ все, что необходимо было съ его стороны сдѣлать для выполненія (объективная точка зрѣнія); ибо тогда оконченное покушеніе совпадало бы съ совершеніемъ. Скорѣе различіе это можетъ быть опредѣлено субъективно, а именно, что дѣятель долженъ сдѣлать все то, что онъ считалъ необходимымъ для совершенія дѣянія, иначе говоря: необходимо, чтобы дѣятель выполнилъ то дѣйствіе, отъ котораго онъ ожидалъ наступленія послѣдствія; слово „дѣйствіе" должно быть здѣсь понимаемо въ широкомъ смыслѣ, разумѣя подъ нимъ все поведеніе дѣятеля, взятое въ совокупности, включая сюда и простое упущеніе, а потому оконченнымъ покушеніе еще не можетъ быть признано тогда, если, и по выполненіи лицомъ требуемаго дѣйствія, отклоненіе ожидаемаго послѣдствія находится еще въ его власти (noch in seiner Hand liegt). Такимъ образомъ оконченное покушеніе и невозможность отступленія совпадаютъ. Nur in diesem Sinne ist es zulässig, aber auch vollkommen begründet, den beendigten Versuch als die schwerere Art des Versuches zu betrachten, und ein Fehler des Gesetzes ist es, wenn es an diesen Unterschied der keineswegs ein nur quantitativer ist, keine Verschiedenheit der Bestrafung geknüpft hat; с) покушеніе квалифицированное и неквалифицированное, смотря по тому, заключается ли уже въ самомъ дѣйствіи, составляющемъ покушеніе, другое оконченное преступленіе, или нѣтъ. При этомъ возможно: а) что окон-

ченное преступленіе образуетъ необходимую или существенную составную часть (begriffswesentlichen Bestandtheil) того преступленія, которое осталось на степени покушенія (напр. такое соотношеніе существуетъ между тѣлеснымъ поврежденіемъ и убійствомъ). Въ этомъ случаѣ дѣяніе должно быть разсматриваемо только какъ покушеніе на болѣе тяжкое преступленіе, но при опредѣленіи за него наказанія (въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ) должно быть принимаемо во вниманіе то наказуемое дѣйствіе, которое заключается въ покушеніи; напр. покушеніе на убійство по требованію лица (§ 216 герм. улож.), въ смыслѣ положительнаго права, ненаказуемо, но оконченное преступленіе, которое можетъ заключаться въ такомъ покушеніи (напр. тѣлесное поврежденіе) остается наказуемымъ. Объ идеальной совокупности нѣсколькихъ преступныхъ дѣяній здѣсь не можетъ быть рѣчи. б) Дѣйствіе, представляющееся оконченнымъ преступленіемъ, является лишь въ качествѣ случайно или произвольно выбраннаго средства для совершенія другаго преступленія, которое можетъ и не быть непремѣнно болѣе тяжкимъ (напр. совершеніе убійства посредствомъ поджога). Въ этомъ случаѣ одно преступленіе не поглощается другимъ, а существуетъ идеальная совокупность покушенія и оконченнаго преступленія. Безъ сомнѣнія добровольное отступленіе, въ обоихъ случаяхъ квалифицированнаго покушенія, обосновываетъ ненаказуемость только за то преступленіе, которое осталось покушеніемъ, но не за оконченное преступленіе, заключающееся въ дѣйствіи виновнаго.

Что засимъ касается наказуемости покушенія, сравнительно съ оконченнымъ преступленіемъ, то а) само собою разумѣется, что наказаніе за покушеніе, въ его minimum'ѣ, должно быть слабѣе наказанія за оконченное преступленіе, такъ какъ виновность отдаленнаго покушенія иногда остается весьма далеко позади виновности, заключающейся въ оконченномъ преступленіи; б) maximum наказанія за покушеніе также долженъ быть ниже максимальнаго наказанія за оконченное преступленіе. Собственно говоря, наказуемость тягчайшаго случая покушенія наравнѣ съ тягчайшимъ случаемъ оконченнаго преступленія вполнѣ соотвѣтствовала бы началу справедливаго воздаянія (dem Grundsatz vergeltender Gerechtigkeit), ибо если, изъ двухъ одинаковыхъ случаевъ, въ одномъ выполненіе преступленія, благодаря случайности, не осуществилось, тогда какъ въ другомъ—оно удалось, то несправедливо, налагать

въ первомъ случаѣ меньшее наказаніе, чѣмъ во второмъ. Вполнѣ поэтому послѣдовательно въ римскомъ правѣ, а затѣмъ въ новѣйшемъ французскомъ правѣ и, по его примѣру, въ нѣкоторыхъ изъ новѣйшихъ законодательствъ (Прусское 1857 и Баварское 1861), наказаніе за покушеніе, въ его maximum'ѣ, уравнивалось съ наказаніемъ за совершеніе. Если же въ доктринѣ уголовнаго права и большей части позднѣйшихъ кодексовъ перевѣсъ одержало начало меньшей наказуемости покушенія, въ его maximum'ѣ, сравнительно съ оконченнымъ преступленіемъ, то такое принципіальное уклоненіе объясняется соображеніями практическаго свойства, въ особенности тѣмъ, что дѣяніе, оставшееся на степени покушенія, всегда производитъ меньшее впечатлѣніе.

V.

Rossi, Traité de droit pénal, 3-me édition 1863 г. т. II, стр. 115—183.

Покушеніе, по опредѣленію Rossi, есть преступленіе, начатое *объективно*; оно продолжается до того момента, пока субъектъ не окончилъ преднамѣренныхъ имъ дѣйствій, совокупность которыхъ составляетъ полное совершеніе преступленія. Преступленіе, начатое только субъективно, есть лишь преступная рѣшимость или приготовительное дѣйствіе. Преступленіе, оконченное *субъективно*, но не *объективно*, является преступленіемъ неудавшимся (délit manqué). Если въ наличности и *объективный элементъ*, то это преступленіе *оконченное*.

Приготовительныя дѣйствія нельзя смѣшивать съ самымъ совершеніемъ преступленія. Хотя границы, отдѣляющія приготовленіе отъ начала совершенія и конечнаго выполненія преступленія, не могутъ быть начертаны съ точностью для всѣхъ конкретныхъ случаевъ, но трудности въ частностяхъ не могутъ заставить усомниться въ принципѣ: приготовленіе и начало совершенія—различны по своему существу. Виновникъ приготовленія, если онъ остановится, не дѣлаетъ еще никакого матеріальнаго, прямаго нарушенія того права, на которое онъ хотѣлъ посягнуть (n'a rien fait encore de matériel et de direct contre le droit qu' il voulait attaquer); виновникъ же покушенія уже началъ свое посягательство (attaque); Послѣдній также можетъ раскаяться, отказаться, но виновникъ чисто приготовительныхъ дѣйствій обладаетъ большимъ просто-

ромъ для измѣненія направленія своей воли. Le premier peut se dire: je veux cesser; le second: je ne veux pas commencer. Приготовительныя дѣйствія не должны быть объектомъ уголовнаго закона, во 1 хъ потому, что они не составляютъ достаточно твердаго основанія для вмѣненія преступной рѣшимости, во 2-хъ потому, что для общества существенно важно не увеличивать мотивовъ, которые заставляли бы злодѣевъ тщательно скрывать подъ густымъ вуалемъ свои приготовительныя дѣйствія, а также не ускорять шаги преступниковъ къ ихъ цѣли и не закрывать имъ двери къ раскаянію. А между тѣмъ таково было бы дѣйствіе закона, дѣлающаго изъ приготовленія преступленіе; онъ будетъ служить стимуломъ къ совершенію преступленія. Вотъ почему преслѣдованіе чисто приготовительныхъ дѣйствій одинаково отрицается и правосудіемъ и политикою. Было бы однако преувеличеніемъ утверждать, что приготовительныя дѣйствія не представляютъ никогда исключительнаго случая. Опасность отъ этихъ дѣйствій можетъ быть иногда очень велика и хотя ихъ характеръ и сомнителенъ (incertain), но они суть внѣшнія дѣйствія, посягающія болѣе или менѣе сильно на общественную и частную безопасность, и потому нельзя безусловно отрицать права общества подвергать ихъ наказанію. Rossi различаетъ три класса такихъ исключительныхъ дѣяній: 1) дѣянія, именуемыя имъ случайными средствами совершенія преступленія (moyens occasionnels de crime). Это, собственно говоря, не приготовительныя дѣйствія, а такого рода дѣянія, которыя въ нѣкоторыхъ странахъ могутъ очень легко ими сдѣлаться; сюда относятся: ношеніе извѣстнаго рода оружія, бродяжничество, нищенство, игорные дома, публичные дома и пр. 2) Второй классъ обнимаетъ дѣянія, которыя, не будучи собственно дѣйствіями совершенія (actes d'exécution), разсматриваются обыкновенно, какъ приготовительныя средства къ извѣстнымъ преступленіямъ. Такъ, поддѣлка или поврежденіе монеты составляетъ, строго говоря, приготовительное дѣйствіе квалифицированнаго мошенничества, а собственно совершеніе преступленія начинается только съ момента распространенія фальшивой монеты. 3) Наконецъ есть третій классъ приготовительныхъ дѣяній, которыя законодатель, въ силу лежащей на немъ обязанности охранять общественный порядокъ, долженъ подавлять уголовною карою, даже когда невозможно напередъ дать точнаго опредѣленія каждому изъ этихъ дѣяній въ частности; таковы: заговоръ и намѣреніе высшихъ государствен-

ныхъ сановниковъ совершить государственную измѣну (le complot et le projet de trahison de la part de hauts fonctionnaires de l' État).

Покушеніе дѣйствительное опредѣляется двумя существенными признаками: 1) оно должно быть началомъ совершенія дѣйствія, или дѣйствій, образующихъ матеріальный фактъ, имѣвшійся дѣятелемъ въ виду, и 2) такое начатое совершеніе можетъ еще быть остановлено или прервано даже по волѣ виновника покушенія. Авторъ впрочемъ полагаетъ, что невозможно установить законодательнымъ путемъ и притомъ абстрактно (d' une manière générale) точные признаки, по которымъ бы можно было опредѣлить, во всѣхъ случаяхъ, дѣйствительное начало совершенія преступленія и отграничить дѣйствія покушенія отъ дѣйствій приготовительныхъ. Настолько же трудно, во многихъ случаяхъ, опредѣлить точно моментъ, въ который преступленіе перестаетъ быть покушеніемъ и получаетъ характеръ оконченнаго преступленія, а также рѣшить, могло ли совершеніе преступленія еще быть прервано или остановлено по волѣ субъекта преступленія. Все это такіе вопросы, изслѣдованіе и разрѣшеніе которыхъ слѣдуетъ предоставить судебной практикѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; законъ же долженъ ограничиться установленіемъ только руководящихъ началъ, предоставивъ юриспруденціи дальнѣйшее ихъ развитіе и извлеченіе изъ нихъ спеціальныхъ правилъ, примѣнимыхъ къ каждому частному случаю. Съ другой стороны, несмотря на на всѣ эти практическія трудности, различіе между приготовительными дѣйствіями, дѣйствительнымъ покушеніемъ и неудавшимся преступленіемъ сохраняется во всей своей силѣ, какъ основанное на природѣ вещей. Что покушеніе по самому существу наказуемо, это не требуетъ доказательствъ; дѣйствія, его образующія, находятся въ прямомъ и непосредственномъ соотношеніи въ преступною рѣшимостью. Вопросы же о томъ, въ какихъ случаяхъ соціальный интересъ требуетъ наказуемости покушенія и каково должно быть наказаніе для него—разрѣшается различно, смотря по тому, осталось ли покушеніе тщетнымъ и не достигло совершенія преступленія по безусловной невозможности средства и цѣли, по относительной ихъ невозможности, или, наконецъ, вслѣдствіе отказа виновнаго.

Такъ какъ покушеніе есть начало совершенія, а идея начала предполагаетъ возможность достиженія цѣли путемъ болѣе или менѣе продолжительнаго употребленія средствъ, то не можетъ

быть тамъ покушенія, гдѣ задумано невозможное или предположено сдѣлать то, что возможно, но при помощи средствъ, совершенно несоотвѣтствующихъ цѣли. Начало ли дитя вычерпывать океанъ, опустивъ бокалъ въ море? Но представьте, говоритъ авторъ, что нѣсколько лицъ дѣлаютъ тоже около цистерны и вы тотчасъ поймете, что это покушеніе на осушеніе ея. Помѣстите эту цистерну въ пустынѣ и вы можете въ ихъ дѣйствіяхъ увидѣть покушеніе на очень важное преступленіе. Если преступная мысль, когда она можетъ быть обнаружена только при помощи постороннихъ средствъ, а не изъ тѣхъ дѣйствій, кои направлены къ осуществленію задуманнаго преступленія (par des moyens autres que les actes *tendant* à réaliser le crime projeté) вообще не должна быть предметомъ человѣческаго правосудія, то неудавшееся, по негодности средствъ или недостижимости цѣли, покушеніе должно, на томъ же основаніи, оставаться ненаказуемымъ, такъ какъ, въ данномъ предположеніи, совершенныя дѣйствія вовсе не имѣютъ преступнаго направленія (tendance criminelle), по крайней мѣрѣ, по отношенію къ преступленію, вмѣнимому ихъ виновнику. Убилъ ли субъектъ человѣка, въ котораго выстрѣлилъ, или промахнулся, все равно остается несомнѣннымъ, что если этотъ человѣкъ былъ ему чужой—онъ не совершилъ и не могъ совершить надъ нимъ отцеубійства. Какъ можно приводить совершенныя дѣйствія въ связь съ преступленіемъ, если они въ дѣйствительности вовсе не приближаются (n'ont en réalité aucune tendance) къ тому спеціальному преступленію, которое, предполагается, было задумано? Какъ утверждать, что они подготовляли его и были началомъ его выполненія? Сами по себѣ, эти дѣйствія ничего не раскрываютъ, они нѣмы. Ранить умершаго—фактъ, недоказывающій намѣренія совершить убійство; приготовлять селитру - дѣяніе, которое, само по себѣ, не указываетъ на намѣреніе причинить смерть чрезъ отравленіе. Приходилось бы, слѣдовательно, искать доказательства внѣ этихъ дѣйствій, но въ такомъ случаѣ это уже не было бы умозаключеніемъ отъ существованія фактовъ къ наличности преступнаго намѣренія, а наоборотъ выводомъ изъ существованія преступнаго намѣренія о преступности этихъ фактовъ. Указываютъ на то, что подобныя дѣянія обнаруживаютъ нравственную испорченность субъекта, которая должна внушать опасенія, но преслѣдовать и карать испорченность вообще, по поводу дѣянія, которое не произвело никакого матеріальнаго вреда и

даже опасности, значило бы разрушить границы уголовнаго правосудія. Само собою разумѣется, что если дѣйствія, опредѣлившіяся какъ покушеніе на невозможное преступленіе, образуютъ преступленіе sui generis, то послѣднее становится объектомъ уголовнаго правосудія. Что касается покушенія, неудавшагося по случайнымъ или назависимымъ отъ воли субъекта обстоятельствамъ, то наказаніе его требуется всѣми единодушно. Въ самомъ дѣлѣ, помимо нравственнаго преступленія, въ немъ заключается опасность настолько серьёзная и настолько законное основаніе къ возбужденію тревоги, въ обществѣ что правосудіе не можетъ закрывать глаза на подобныя посягательства, ибо здѣсь дѣло идетъ о настоящемъ покушеніи, о преступномъ намѣреніи, уже выразившемся въ матеріальныхъ дѣйствіяхъ, дѣйствіяхъ *совершенія*, т. е. въ сферѣ возможнаго и подлежащаго человѣческому суду. Могутъ быть случаи, гдѣ трудно, даже опасно рѣшить, было или не было произведено покушеніе на то или другое опредѣленное преступленіе, но такіе исключительные случаи встрѣчаются даже при сужденіи о преступленіяхъ оконченныхъ; казуистическія трудности не могутъ парализовать права суда, какъ его парализуетъ невозможность изслѣдованія, проистекающая изъ природы вещей. Между покушеніями, неудавшимися по случайнымъ обстоятельствамъ, есть конечно такія, которыя были остановлены непреодолимою физическою силою, какъ и покушенія на что-либо невозможное. Но изъ этого не слѣдуетъ, что необходимо примѣнить къ первымъ то же правило, какъ и ко вторымъ, т. е. освободить ихъ отъ всякаго наказанія. Вторыя невозможны по естественному ходу вещей; ихъ невозможность напередъ извѣстна, по опыту. Повторите такое дѣяніе 10, 20 разъ, преступленія ни въ какомъ случаѣ не произойдетъ. Пусть человѣкъ выстрѣлитъ въ кого-нибудь двадцать разъ на разстояніи 800 шаговъ, онъ никогда не убьетъ своего врага. Можно-ли сказать то же самое о ворѣ, у котораго ломается отмычка въ моментъ взлома шкафа? или о разбойникѣ, котораго опрокидываютъ взбѣсившіяся лошади и въ одинъ моментъ оставляютъ его далеко позади путешественника, котораго онъ желалъ ограбить? Кража при помощи отмычки, разбой посредствомъ остановки лошадей проѣзжающихъ—возможны. Воръ и разбойникъ сдѣлали все, что было нужно для достиженія желаемаго; имъ стоитъ только повторить то же самое и они достигнутъ желаемаго. Успѣшное выполненіе является въ этомъ случаѣ естественнымъ ходомъ

вещей и событіе противоположное только счастливою случайностью, которой не могъ предвидѣть преступникъ, а тѣмъ болѣе общество. Опасность и тревога здѣсь нисколько не ослабляются, въ виду исключительности событія, и намѣреніе виновнаго несомнѣнно. Останавливаясь на вопросѣ о томъ, какое наказаніе долженъ налагать законодатель за покушеніе, авторъ прежде всего устанавливаетъ то положеніе, что ни нравственная, ни матеріальная сторона покушенія не оправдываетъ въ глазахъ человѣческаго правосудія равенства въ наказуемости покушенія и преступленія оконченнаго. Для того, чтобы покушеніе могло быть облагаемо наказаніемъ наравнѣ съ преступленіемъ оконченнымъ, справедливость требуетъ отъ суда увѣренности не только въ свойствѣ воли дѣятеля, но и въ твердости этой воли. Покушеніе пріостановлено случайнымъ обстоятельствомъ, но было ли бы оно окончено безъ этого обстоятельства? Весьма возможно, даже вѣроятно, но болѣе ничего нельзя сказать, потому что если это дѣйствительно покушеніе (si c'est une vraie tentative), то виновной могъ также отказаться отъ выполненія. Какъ можно вмѣнить ему этотъ излишекъ воли, эту дальнѣйшую ступень преступной настойчивости, при неимѣніи внѣшняго дѣянія, которое бы указывало на это? Вся та часть вмѣненія, которая переходитъ за моментъ прерванія покушенія, является вмѣненіемъ случайнымъ, основаннымъ на гадательныхъ предположеніяхъ. Матеріальный фактъ покушенія, являясь доказательствомъ преступной рѣшимости дѣятеля, выражаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ собою большую или меньшую вѣроятность раскаянія. Вѣроятность эта уменьшается, говорятъ, по мѣрѣ того, какъ покушеніе приближается къ полному совершенію (положеніе, которое иногда можно оспаривать), но пока возможна еще дальнѣйшая дѣятельность, возможно и раскаяніе. Не слѣдуетъ также забывать, что вслѣдствіе пріостановленія покушенія виновный не воспользовался незаконными выгодами, которыхъ ожидалъ отъ совершенія преступленія и которыя бы онъ долженъ былъ искупить наказаніемъ. Съ другой стороны такъ какъ нарушеніе угрожаемаго права осталось невыполненнымъ, то и *объективный* матеріальный вредъ, произведенный покушеніемъ, не оправдываетъ уравненія его наказуемости съ совершеніемъ. На основаніи этихъ соображеній, Rossi приходитъ къ выводамъ: 1) что наказаніе за покушеніе, вообще говоря, должно быть слабѣе, чѣмъ за оконченное преступленіе, и 2) что оно должно однако прибли-

жаться къ послѣднему по мѣрѣ того, какъ покушеніе приближается къ оконченному преступленію. Другими словами: наказаніе за покушеніе должно находиться въ прямомъ отношеніи къ его опасности и въ обратномъ къ вѣроятности добровольнаго отказа отъ него. Законодатель не долженъ облагать наказаніемъ покушеніе на всякое безъ изъятія преступленіе. Интересъ общества въ наказаніи незначительныхъ преступленій настолько слабъ, что при покушеніи на подобныя преступленія онъ сводится почти къ нулю; если, съ одной стороны, нельзя оставить безнаказаннымъ положительный вредъ, произведенный оконченнымъ преступленіемъ, то съ другой—нѣтъ никакого основанія увеличивать количество мелкихъ процессовъ, когда положительный вредъ не имѣлъ мѣста и все ограничивается если не воображаемыми, то очень незначительными опасностью и страхомъ. Отсюда вытекаетъ, что покушеніе на маловажныя преступленія должно оставаться ненаказуемымъ. Существуютъ далѣе дѣйствія, которыя вовсе нельзя разсматривать какъ покушенія; таковы дѣйствія, совершенныя въ порывѣ гнѣва. Они могутъ быть преступленіями sui generis, но ихъ нельзя разсматривать какъ начало совершенія болѣе важнаго преступленія. Покушеніе вообще предполагаетъ размышленіе. Было бы слишкомъ строго смотрѣть на рану, нанесенную въ дракѣ, какъ на покушеніе совершить убійство, если дѣйствительно доказаны ссора, гнѣвъ, вызовъ. Но существуютъ кромѣ того дѣянія, хладнокровно совершенныя, на которыя однако почти не возможно покушеніе; къ нимъ можно приготовиться, ихъ можно выполнить, но нельзя на нихъ покушаться, по крайней такъ, чтобы это могло быть констатировано (d'une manière appréciable), не выполнивъ ихъ тѣмъ самымъ, каковы напр. двоеженство, клевета, въ особенности словесная. Далѣе, покушенія на нѣкоторыя дѣянія, будучи возможны и даже очень часты, ускользаютъ отъ общественнаго правосудія вслѣдствіе крайней трудности опредѣлить въ нѣкоторыхъ случаяхъ характеръ преступнаго дѣянія и, слѣдовательно, въ виду опасности неправильныхъ обвиненій (напр. покушеніе на мошенничество). Наконецъ существуютъ покушенія, занимать которыми правосудіе и общество было бы, и безчеловѣчно, и несправедливо (dont il serait aussi cruel qu'imprudent d'occuper la justice et le public), таковы: похищеніе женщины, прелюбодѣяніе, нѣкоторыя посягательства на половую стыдливость. Пробѣгая списокъ преступныхъ дѣяній, можно отмѣтить тѣ изъ нихъ, покушеніе на которыя не долж-

но быть предметомъ уголовнаго правосудія, но извлечь изъ этихъ спеціальныхъ случаевъ и различныхъ мотивовъ два, три общихъ правила съ тѣмъ, чтобы предоставить ихъ судебному толкованію, было бы весьма опасно; кромѣ того такой чисто техническій трудъ, быть можетъ, оказался бы самою непрочною частью законодательства, потому что общественныя потребности легко могли бы внести измѣненія въ спискѣ наказуемыхъ покушеній. Во французскомъ уголовномъ кодексѣ всѣ покушенія на преступленія (crimes) наказуемы, а покушенія на проступки (délits), по общему правилу, ненаказуемы. Но такъ какъ различіе между преступленіемъ и проступкомъ исходитъ изъ свойства наказанія (de la qualité de la peine), не вытекая непосредственно изъ природы вещей, то нѣтъ ничего раціональнаго и въ примѣненіи этого разграниченія къ теоріи покушенія. Единственно вѣрное, раціональное и практичное средство состоитъ въ томъ, чтобы къ каждой главѣ уголовнаго закона, гдѣ говорится о преступленіи, покушеніе на которое должнѣ быть наказуемо, присоединять постановленія касательно покушенія, въ другихъ же главахъ совершенно о томъ умалчивать; вмѣстѣ съ тѣмъ въ кодексѣ необходимо общее постановленіе, которое бы указывало, что покушеніе должно подлежать изслѣдованію и наказанію только на основаніи прямо выраженнаго въ законѣ постановленія.

Покушеніе, пріостановленное самимъ виновнымъ, отличается отъ покушенія неудавшагося, или пріостановленнаго вслѣдствіе случайнаго обстоятельства, тѣмъ, что въ одномъ—воля субъекта дѣянія неизвѣстна, а въ другомъ она обнаружилась. Въ покушеніи, пріостановленномъ по независящимъ отъ виновнаго обстоятельствамъ, неизвѣстно, какое направленіе получила бы его воля въ моментъ, непосредственно слѣдовавшій за случайнымъ обстоятельствомъ, коимъ дѣйствіе было прервано. Возможно, что онъ не продолжалъ бы выполненія преступленія, но намъ положительно извѣстно только то, что онъ задумалъ преступленіе и приступилъ къ его выполненію. Не принимая поэтому въ разсчетъ неизвѣстнаго элемента ни для увеличенія, ни для уменьшенія важности преступленія, мы беремъ дѣятеля (nous le saisissons) въ тотъ моментъ, когда обстоятельство, не зависящее отъ его воли, пріостановило окончательное выполненіе его преступнаго плана, и требуемъ отъ него отчета не въ томъ, что онъ желалъ сдѣлать, а исключительно въ томъ, что онъ сдѣлалъ до этого момента. Та-

вой пріемъ сужденія не примѣнимъ однако къ случаю произвольнаго оставленія виновнымъ покушенія, такъ какъ здѣсь намъ извѣстенъ положительно еще одинъ фактъ, вполнѣ говорящій въ пользу обвиняемаго,—фактъ измѣненія воли, самопроизвольное оставленіе своего намѣренія. Требовать одинаково отчета у виновника подобнаго покушенія во всемъ томъ, что онъ сдѣлалъ до момента добровольнаго отказа отъ своего намѣренія значило бы ставить ни во что это обстоятельство. Такая строгость вовсе не оправдывается необходимостью и правосудіе не имѣетъ права прибѣгать къ ней. Покушеніе, сопровождаемое добровольнымъ отказомъ, не только не произвело еще того вреда, который имѣлъ виду виновный, но оно и не возбуждаетъ въ обществѣ значительной тревоги; часто даже покушеніе, добровольно прекращенное, остается неизвѣстнымъ тѣмъ лицамъ, которымъ оно угрожало; наконецъ невольно вѣрится голосу раскаянія, когда онъ слышится до совершенія преступленія. L'homme croit facilement au repentir; c'est un retour sur nous mêmes; nous sentons tous combien il nous est nécessaire que le repentir ne soit pas inefficace. Ненаказуемость покушенія, добровольно оставленнаго, не менѣе оправдывается соображеніями уголовной политики (par la raison législative), такъ какъ, и для индивидовъ, и для общества, на которомъ лежитъ обязанность ихъ охраны, важно останавливать преступленіе на его пути, поощряя добровольное его оставленіе; напротивъ того всякая уголовная санкція, направленная противъ оставленнаго покушенія, была бы двигателемъ къ выполненію преступленія. Наконецъ ненаказуемость подобныхъ покушеній пользуется всеобщимъ признаніемъ. Отказъ можетъ вытекать изъ различныхъ причинъ; онъ можетъ явиться слѣдствіемъ пробужденія чувства справедливости, или же страха, внушеннаго субъекту его природною трусостью или внѣшними обстоятельствами; онъ можетъ выражать собою совершенное оставленіе преступнаго намѣренія или только откладываніе выполненія до болѣе удобнаго момента. Во всѣхъ этихъ случаяхъ покушеніе одинаково должно оставаться ненаказуемымъ потому, что правосудіе не должно рыться въ глубинѣ мысли; оно не имѣетъ для того средствъ и не въ состояніи этого сдѣлать, не впадая въ ошибки. Оно не должно равнымъ образомъ требовать отъ обвиняемыхъ представленія отрицательныхъ доказательствъ, обязывая ихъ доказать, что въ данномъ случаѣ прекращеніе преступной дѣятельности не было случайнымъ, незави-

сящимъ отъ ихъ воли, что оставленіе покушенія не было только временнымъ. Если съ одной стороны было бы несправедливо и нелѣпо требовать доказательствъ, предъявленіе которыхъ чаще всего было бы невозможно, то съ другой—такою мѣрою не достигались бы выгоды, вытекающія изъ ненаказуемости покушенія оставленнаго. Дѣлать для подсудимыхъ оправданіе въ такихъ случаяхъ весьма рискованнымъ, подчинять ихъ опаснымъ испытаніямъ и склоняться въ пользу обвиненія значило бы заставить виновниковъ покушенія отвернуться отъ всякой мысли о прекращеніи преступной дѣятельности. Само собою разумѣется, что если самымъ покушеніемъ виновный совершилъ преступленіе sui generis, то добровольный отказъ отъ покушенія не можетъ препятствовать наказанію его за это особое, уже оконченное преступленіе. Nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desiit.

Преступленіе неудавшееся (délit manqué), т. е. такое, результатъ коего не соотвѣтствуетъ намѣренію дѣятеля, есть преступное дѣяніе, оконченное субъективно, но не объективно. Оно не можетъ быть разсматриваемо какъ покушеніе, пріостановленное случайными обстоятельствами. Виновный сдѣлалъ все, отъ него зависящее, для выполненія преступленія; преступное намѣреніе получило свое полное развитіе; отказъ отъ выполненія болѣе уже невозможенъ; дѣяніе является не частью исполненія, а существуетъ въ полномъ объемѣ; выполнивъ послѣднее дѣйствіе, виновный имѣетъ полную увѣренность въ успѣхѣ, и если матеріальный вредъ не причиненъ, то по причинѣ, стоящей внѣ человѣческаго предвидѣнія; это—случай. Слѣдуетъ ли однако всегда наказывать неудавшееся преступленіе наравнѣ съ преступленіемъ оконченнымъ? Существуетъ, говоритъ авторъ, фактъ постоянный, общій, одинъ изъ тѣхъ общечеловѣческихъ фактовъ, которые законодатель долженъ принимать въ разсчетъ даже и тогда, если бы онъ не находилъ для него удовлетворительнаго объясненія. Люди не смѣшиваютъ и никогда не смѣшивали виновника неудавшагося преступленія съ субъектомъ преступленія оконченнаго. Болѣе того: различіе это внутренно сознается самими виновными, что всякій могъ испытать по отношенію къ неосторожнымъ дѣйствіямъ. Тотъ, кто по неосторожности *чуть было не* сдѣлался виновникомъ большаго зла и кто, вслѣдствіе такой же неосторожности, *дѣйствительно* причинилъ его, испытываютъ не одинаковыя угрызенія совѣсти, не въ одинаковой степени смущены. Стремленіе нашего ума судить о

важности человѣческихъ дѣяній по совершившимся фактамъ,—съ особенною ясностію проявляющееся всякій разъ, когда изъ двухъ, имѣющихся на лицо, дѣяній одно причинило непоправимый, а другое поправимый вредъ,—является, повидимому, неопровержимымъ фактомъ, и еслибы законодатель не сталъ съ нимъ вовсе считаться, то онъ поставилъ бы законъ въ оппозицію съ всеобщимъ чувствомъ, а слѣдовательно и съ чувствомъ присяжныхъ. По мнѣнію автора, для нѣкоторыхъ, по крайней мѣрѣ, преступленій и въ частности для тѣхъ, которыя наказываются смертью, благоразуміе требуетъ понизить наказаніе тому, чье посягательство не имѣло ожидаемыхъ послѣдствій. Qu 'il profite aussi, dans une certaine mesure, de la bonne fortune qui a protégé la victime.

VI.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, изд. 1874 г., стр. 307 и слѣд.

Подъ словомъ „покушеніе на преступленіе" обыкновенно понимается всякое дѣйствіе, учиненное въ намѣреніи причинить вредъ, но не имѣвшее того послѣдствія, которое оно должно было вос произвести. Такое опредѣленіе однако не будетъ юридическимъ. Съ одной стороны законъ не признаетъ покушеніемъ всякое внѣшнее дѣйствіе, стремящееся къ реализаціи преступнаго плана; съ другой стороны онъ караетъ множество дѣяній безотносительно къ ихъ результату. Покушеніе, въ смыслѣ закона, имѣетъ мѣсто, когда рѣшимость совершить преступленіе или проступокъ выразилась въ такихъ внѣшнихъ актахъ, которые являются началомъ выполненія этого преступленія или проступка. Покушеніе наказуемо, когда оно было остановлено или не достигло своего результата лишь по обстоятельствамъ, независящимъ отъ воли дѣятеля.

Всякое покушеніе прежде всего предполагаетъ рѣшимость совершить опредѣленное правонарушеніе. Преступный умыселъ является существеннымъ элементомъ покушенія и покушеніе неумышленное, учиненное по неосторожности (conatus delinquendi culposus) вообще немыслимо. Возможность покушенія обусловливается, далѣе, опредѣленностью преступнаго умысла (dolus determinatus). Но если дѣйствіе учинено съ неопредѣленнымъ намѣреніемъ причинить вредъ (dans une intention indéterminée de nuir), то никакого покушенія въ этомъ случаѣ нельзя допустить и дѣятель является

отвѣтственнымъ только за дѣйствительно причиненный имъ результатъ, каковъ бы онъ ни былъ, по правилу: dolus indeterminatus determinatur eventu. То же самое относится и къ тѣмъ случаямъ, когда опредѣленный характеръ умысла не можетъ быть доказанъ и не явствуетъ prima facie изъ дѣйствій виновнаго. Въ виду того, что всякое покушеніе предполагаетъ начало выполненія преступнаго дѣянія, такія внѣшнія дѣйствія, кои являются простымъ обнаруженіемъ преступнаго умысла (напр. угрозы, предложеніе участвовать въ выполненіи преступленія, обсужденіе и принятіе такого предложенія, составленіе сообщества съ преступной цѣлью), хотя и могутъ быть инкриминируемы, но только какъ delicta sui generis, а не въ качествѣ покушеній на тѣ преступленія, которыя имѣютъ въ виду виновные. Между внѣшними дѣйствіями, клонящимися къ осуществленно преступнаго умысла, необходимо строго различать дѣйствія приготовительныя отъ такихъ, которыя образуютъ начало выполненія. Приготовительныя дѣйствія суть тѣ, при помощи которыхъ дѣятель доставляетъ себѣ, изготовляетъ и приспособляетъ средства, долженствующія служить къ выполненію преступнаго плана. Приготовительныя дѣйствія еще не составляютъ покушенія, какъ потому, что въ нихъ нельзя съ достовѣрностью распознать намѣреніе дѣятеля, такъ и потому, что если бы даже могла быть констатирована связь ихъ съ опредѣленнымъ преступленіемъ чрезъ посредство намѣренія дѣятеля, то всетаки этого рода дѣйствія еще не доказываютъ присутствіе въ дѣятелѣ твердо укрѣпившагося намѣренія перейти затѣмъ къ совершенію преступленія; для него въ этомъ случаѣ гораздо легче отказаться отъ преступнаго плана, нежели для того, кто уже приступилъ къ его осуществленію. Въ виду представляемой нѣкоторыми приготовительными дѣйствіями опасности, законъ облагаетъ таковыя наказаніемъ, или въ качествѣ спеціальныхъ правонарушеній, или какъ акты соучастія. Изъ приготовительныхъ дѣйствій, возводимыхъ бельгійскимъ Code pénal на степень delicta sui generis, одни суть дѣйствія этическаго характера, другія—матеріальныя. Къ первой изъ этихъ категорій относятся: заговоръ противъ безопасности государства, сдѣланное, но непринятое предложеніе составить заговоръ, тайныя сношенія съ иностранными державами съ противо-государственными цѣлями, сообщество образовавшееся съ цѣлью совершенія посягательствъ противъ личности или имущества. Ко второй группѣ относятся: дѣйствія, под-

готовляющія выполненіе заговора противъ безопасности государства, или совершеніе посягательства противъ короля или другихъ обозначенныхъ въ кодексѣ лицъ, всякія приготовленія къ возстанію, въ частности организація мятежныхъ бандъ, ношеніе запрещеннаго оружіе, входъ въ обитаемое помѣщеніе безъ согласія собственника или нанимателя и т. п. При учиненіи преступленія или проступка нѣсколькими лицами, законъ караетъ въ качествѣ пособниковъ, тѣхъ, которые давали другимъ инструкціи относительно совершенія преступленія, доставляли оружіе, инструменты или всякое иное средство, пригодное для выполненія преступленія, завѣдомо о томъ; наконецъ тѣхъ, которые завѣдомо помогали виновнику преступленія въ подготовленіи таковаго. Всѣ эти дѣйствія суть, по существу своему, приготовительныя, такъ какъ лица, ихъ производившія, не принимали никакого участія въ самомъ совершеніи преступленія, тѣмъ не менѣе однако они наказуемы не какъ спеціальныя преступныя дѣянія, а по правиламъ о соучастіи, въ виду того, что они образуютъ вмѣстѣ съ главнымъ дѣйствіемъ, одно и тоже преступленіе.

Моментъ, гдѣ начинается выполненіе преступленія, не можетъ быть опредѣленъ вообще, такъ какъ опредѣленіе его зависитъ отъ особенности природы каждаго преступленія и обстоятельствъ его совершенія. Но если уголовная теорія не можетъ предложить такой формулы, которая была бы способна разрѣшить вопросъ въ примѣненіи ко всѣмъ случаямъ, то она можетъ облегчить задачу судебной практики, давъ ей руководящія относительно этого указанія. Безспорнымъ здѣсь является прежде всего то положеніе, что покушенія еще не существуетъ, пока дѣятельность лица ограничивается доставленіемъ себѣ и приспособленіемъ средствъ, предназначенныхъ для выполненія преступнаго плана. Несомнѣнно также и то, что покушеніе существуетъ уже, коль скоро дѣятель приступилъ къ главному дѣйствію, образующему, согласно опредѣленію закона, составъ преступленія. Но между окончаніемъ приготовленій и началомъ дѣянія, образующаго составъ преступленія, существуетъ часто цѣлый рядъ посредствующихъ дѣйствій, стоящихъ болѣе или менѣе близко къ главному дѣйствію. Если опредѣлять покушеніе какъ начало того послѣдняго преступнаго акта, съ выполненіемъ котораго, самое преступленіе можетъ почитаться оконченнымъ, то упомянутыя посредствующія между приготовленіемъ и выполненіемъ дѣйствія

не могли бы быть разсматриваемы, какъ покушеніе. Но это значило бы слишкомъ отдалять моментъ покушенія. Бельгійскій code pénal поступаетъ поэтому вполнѣ правильно, требуя, для наличности покушенія, чтобы внѣшнія дѣйствія, въ которыхъ выразилось преступное намѣреніе дѣятеля, составляли начало выполненія задуманнаго имъ преступленія, но не начало самаго преступнаго дѣянія (c'est à dire que l'agent ait déjà commencé, non pas le crime même, mais l'exécution de ce crime; ce qui n'est pas toujours la même chose). Покушеніе существуетъ, какъ только дѣятель начинаетъ выполнять свой планъ, какъ только онъ употребляетъ въ дѣло средства, приспособленныя имъ къ совершенію задуманнаго преступленія. Такъ взломъ, влѣзаніе, употребленіе поддѣльныхъ ключей, если они учинены въ намѣреніи совершить кражу, образуютъ начало выполненія, а слѣдовательно покушеніе на кражу. Выполненіе преступленія, которое дѣятель желалъ совершить, можетъ быть прервано, или неудаться, если, несмотря на совершеніе преступнаго дѣянія, ожидаемое отъ него послѣдствіе не наступаетъ. Отсюда покушеніе допускаетъ двѣ существенно различныя степени: покушеніе прекращенное (tentative suspendue) и покушеніе недостигшее результата или неудавшееся преступленіе (tentative qui a manqué son effet или crime manqué); доктрина называетъ первый видъ—покушеніемъ неоконченнымъ (tentative inachevée), а второй—покушеніемъ оконченнымъ.

Покушеніе можетъ быть прервано лишь при томъ условіи, что дѣятель не сдѣлалъ еще всего того, что необходимо для осуществленія намѣренія, что онъ началъ выполненіе преступленія, но не довелъ свою преступную дѣятельность до конца. Если же выполненіе окончено, но не воспроизвело ожидаемаго результата, то хотя въ тѣхъ случаяхъ, когда въ законный составъ преступленія входитъ и наступленіе опредѣленнаго послѣдствія, преступленіе не можетъ считаться оконченнымъ, и мы имѣемъ только неудавшееся покушеніе (délit manqué), но никакое прерваніе или прекращеніе покушенія, путемъ измѣненія направленія воли или вслѣдствіе случайнаго событія, становится уже невозможнымъ. Покушеніе прерванное допускаетъ возможность нѣсколькихъ ступеней. По мѣрѣ того, какъ совершеніе подвигается впередъ и приближается къ преступленію, важность покушенія возрастаетъ. Въ этомъ отношеніи можно различать покушеніе отдаленное и близкое (conatus delinquendi remotus и proximus). Другой видъ покушенія—crime manqué

не имѣетъ вовсе степеней, ибо здѣсь дѣятель совершилъ все то, что онъ желалъ учинить; большую или меньшую важность можетъ представлять только самый результатъ оконченнаго выполненія, но результатъ не зависитъ отъ дѣятеля, дѣятельность котораго прекратилась вмѣстѣ съ послѣднимъ его актомъ. Покушеніе можетъ быть прервано или можетъ неудаться по волѣ дѣятеля, или благодаря независящимъ отъ его воли обстоятельствамъ. Оно должно считаться произвольно прерваннымъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣятель, путемъ измѣненія направленія воли, отказался отъ предпріятія, которое еще могъ продолжать. Такой отказъ долженъ быть обращенъ въ пользу виновнаго, каковъ бы ни былъ его мотивъ: остановился ли онъ, движимый раскаяніемъ или страхомъ, отказался ли онъ совершенно отъ своего намѣренія или только отложилъ его осуществленіе до болѣе благопріятнаго момента; достаточно того, чтобы онъ прекратилъ преступную дѣятельность по собственному побужденію. Не только самое покушеніе можетъ быть прервано, но также и результатъ его можетъ быть не достигнутъ по волѣ дѣятеля, какъ напр. въ томъ случаѣ, когда лицо, давшее другому ядъ, предупреждаетъ смерть жертвы противоядіемъ. Покушеніе является остановленнымъ или результатъ его недостигнутымъ, благодаря обстоятельствамъ, независящимъ отъ воли виновнаго, когда эти обстоятельства случайно сдѣлали выполненіе преднамѣреннаго преступленія невозможнымъ, помѣшавъ окончить совершеніе начатаго или предупредивъ вредное послѣдствіе, которое дѣйствіе виновнаго должно было произвести и которое является составнымъ элементомъ преступленія. Всякое покушеніе предполагаетъ возможность выполнить то преступленіе, которое дѣятель желаетъ учинить. Преступленіе, которое невозможно выполнить, не допускаетъ и начатія выполненія, а слѣдовательно и покушенія. On ne commence que ce qui est possible; on ne fait pas en partie ce qui est impossible en tous points; on ne tente pas de produire un effet qui doit toujours et nécessairement manquer. Такія дѣйствія, неспособныя причинить какой бы то ни было вредъ, имѣютъ въ глазахъ человѣческаго правосудія значеніе лишь фактовъ, обнаруживающихъ преступное намѣреніе дѣятеля; но одно намѣреніе, какъ бы ни было оно преступно и достовѣрно, не можетъ сообщить фактамъ, обнаруживающимъ это намѣреніе, характеръ преступности, котораго они лишены, и общество, облеченное властью уголовной репрессіи только въ интересѣ его самохраненія и бла-

гостоянія, не имѣетъ права карать эти дѣйствія. Впрочемъ только абсолютная, радикальная невозможность выполненія преступленія, невозможность, непреодолимая въ силу самыхъ законовъ природы, исключаетъ идею покушенія. Если же преступленіе, по естественному порядку вещей, представлялось возможнымъ, но дѣйствія, клонившіяся къ его воспроизведенію, были прерваны или миновали послѣдствіе, благодаря независящимъ отъ воли виновнаго обстоятельствамъ, то такая случайная, чисто относительная невозможность не можетъ отнять у дѣйствій совершенія ихъ преступнаго характера. Покушеніе только тогда и наказуемо, когда оно прервано или неудалось вслѣдствіе подобныхъ обстоятельствъ. Вопросъ о томъ, имѣется ли въ данномъ случаѣ невозможность безусловная или относительная, есть вопросъ факта. Причина невозможности совершенія можетъ лежать въ объектѣ преступленія или средствахъ, употребленныхъ для его совершенія. Что касается объекта, то невозможность является безусловною, когда онъ не существуетъ вовсе или лишенъ того качества, которое существенно необходимо для бытія преступленія. Дѣятель ударомъ кинжала поражаетъ человѣка, котораго онъ считаетъ спящимъ, но который на самомъ дѣлѣ уже умеръ отъ апоплексіи; даетъ абортивныя вещества женщинѣ, которая не беременна; уноситъ свою вещь, полагая, что укралъ чужую. Невозможность является относительною, если объектъ существуетъ въ дѣйствительности, но его нѣтъ тамъ, гдѣ думалъ найти его дѣятель. Кто либо направляетъ выстрѣлъ въ комнату, гдѣ, какъ ему кажется, онъ видитъ лицо, которому онъ желаетъ отомстить, но послѣднее оказывается въ другомъ мѣстѣ; уличный воръ залѣзаетъ въ карманъ прохожаго, въ видахъ похищенія портъ-моннэ, но собственникъ переложилъ его въ другой карманъ или забылъ дома. Невозможность, причина которой лежитъ въ употребленныхъ для совершенія преступленія средствахъ, является безусловною, когда эти средства совершенно безсильны воспроизвести задуманное преступленіе. Субъектъ, въ намѣреніи произвести выкидышъ у беременной женщины, даетъ ей болеутоляющее средство, принимая его за абортивное. Другой, умысливъ лишить кого-либо жизни, кладетъ въ приготовленную для него пищу селитру, думая, что положилъ мышьякъ, или въ той увѣренности, что селитра—ядъ; или даетъ ему ядъ въ смѣси съ нейтрализующимъ ядъ веществомъ, или же въ такой минимальной дозѣ, которою нельзя причинить смерти. Третій стрѣляетъ

въ того, кого онъ хочетъ убить, изъ огнестрѣльнаго оружія, которое было имъ разряжено, или изъ котораго пуля была вынута безъ его вѣдома, или же стрѣляетъ на разстояніи внѣ всякаго ружейнаго выстрѣла. Четвертый употребляетъ для похищенія лѣстницу, которая слишкомъ коротка, чтобы служить для влѣзанія, или ключъ, не подходящій къ замку. Невозможность будетъ относительная во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда средства, употребленныя въ дѣло, по свойству своему способны осуществить преступное намѣреніе, но выполненіе прервано или результатъ не достигнутъ, благодаря обстоятельствамъ, независящимъ отъ воли дѣятеля: по причинѣ, лежащей въ личности самого дѣятеля (который напр. не умѣетъ пользоваться тѣми орудіями, коими онъ вооруженъ) или вслѣдствіе цѣлаго ряда препятствій, проистекающихъ изъ личности объекта преступленія (когда напр. послѣдній спасся бѣгствомъ, отразилъ ударъ, обезоружилъ нападавшаго), или вещи, сдѣлавшейся предметомъ покушенія (какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда ворамъ не удается разломать запоры, ограждающіе жилище, взломать кассу или унести ее съ собой); или наконецъ благодаря всякому другому обстоятельству, напр. огнестрѣльное оружіе даетъ осѣчку, лѣстница или ключъ ломается, злодѣи задержаны или обращены въ бѣгство. Иногда свойство правонарушенія, какъ оно опредѣлено въ законѣ, исключаетъ идею покушенія. Что касается преступнаго бездѣйствія (delits d'inaction), то этого рода правонарушенія, совершаемыя посредствомъ неисполненія того, что спеціально предписано закономъ, не допускаютъ возможности покушенія. Въ самомъ дѣлѣ, если налагаемая закономъ обязанность заключается въ совершеніи извѣстнаго дѣйствія втеченіе опредѣленнаго срока, то бездѣйствіе является дозволеннымъ впредь до истеченія предѣльнаго срока, а съ этого момента оно уже составляетъ оконченное преступленіе; если обязанность дѣйствовать имѣла продолжающійся характеръ, то правонарушеніе существуетъ съ момента, когда обвиняемый былъ въ состояніи исполнить ту обязанность, которая была имъ опущена. Иное дѣло, если говорится о преступленіяхъ, которыя почитаются оконченными при условіи воспроизведенія опредѣленнаго послѣдствія, извѣстнаго зла, которое можетъ быть причинено или совершеніемъ такихъ дѣйствій, отъ которыхъ слѣдовало воздержаться, или воздержаніемъ отъ дѣйствій, выполненіе которыхъ было, по закону, обязательно. Преступленія этой категоріи допускаютъ возможность по-

кушенія посредствомъ бездѣйствія. Les crimes de cette catégorie admettent une tentative par inaction, qui reunit les conditions requises, lorsque l'intention criminelle résulte clairement des circonstances et que la violation du devoir juridiquement exigible, sans avoir produit l'effet constitutif du crime que l'on avait en vue, a eu cependant des conséquences nuisibles au patient, telles que des lésions corporelles, des maladies plus ou moins graves; car alors la résolution de commettre le crime qui n'a pas été consommé, s'est manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime.

Покушеніе является юридически невозможнымъ: 1) когда преступленіе заключается въ дѣйствіи чисто моральномъ или интеллектуальномъ. Таковы: заговоръ противъ безопасности государства, тайныя сношенія съ иностранною державою съ враждебною цѣлью; 2) въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ инкриминируетъ вообще всякое дѣйствіе, подготовляющее совершеніе извѣстныхъ преступленій. Такъ напр. законъ караетъ всякое дѣйствіе, предпринятое съ цѣлью подготовить посягательство противъ короля или другихъ, прямо указанныхъ въ законѣ лицъ, даже тогда, если виновный одинъ выработалъ рѣшимость совершить преступленіе; 3) когда каждое изъ дѣйствій, образующихъ совершеніе преступленія, возводится закономъ на степень delictum sui generis, такъ что начало совершенія составляетъ самое преступленіе. Такъ какъ въ приведенныхъ случаяхъ преступленіе является по закону оконченнымъ, какъ только совершено дѣйствіе, опредѣленное въ уголовномъ законѣ, то очевидно, что виновный не можетъ уже избѣгнуть наказанія путемъ добровольнаго отказа отъ преступнаго предпріятія.

Такъ какъ для оправданія уголовной репрессіи недостаточно еще, чтобы наказаніе было, само по себѣ, справедливо, а нужно сверхъ того, чтобы оно представлялось необходимымъ для огражденія общественнаго порядка и полезнымъ по своимъ результатамъ, то законъ долженъ облагать наказаніемъ только покушенія на важныя правонарушенія и притомъ такія, которыя обязаны своимъ неуспѣхомъ случайнымъ обстоятельствамъ; но затѣмъ, въ интересахъ самаго общества должна быть провозглашена ненаказуемость тѣхъ покушеній, которыя были дѣятелемъ добровольно оставлены; по тѣмъ же основаніямъ должно оставаться ненаказуемымъ и неудавшееся преступленіе (crime manqué), если наступленіе вредныхъ послѣдствій добровольно предотвращено дѣятелемъ. Ненаказуемость покушенія въ подобныхъ случаяхъ не избавляетъ,

какъ само собою понятно, виновнаго отъ наказанія за тѣ изъ совершенныхъ уже имъ дѣйствій, которыя образуютъ delicta sui generis. Наказаніе за покушеніе, прерванное или недостигшее результата по обстоятельствамъ, чуждымъ волѣ дѣятеля, будетъ правомѣрно (légitime) только подъ тѣмъ условіемъ, чтобы оно не равнялось наказанію за преступленіе оконченное. Опредѣляя мѣру наказаній за правонарушенія, законодатель долженъ сообразоваться не только съ преступностью намѣренія, обнаруживаемаго преступнымъ дѣяніемъ, но кромѣ того и преимущественно съ величиною причиняемаго вреда, размѣрами производимой дѣяніемъ опасности и распространяемой имъ тревоги, словомъ, съ тѣмъ зломъ, который онъ вноситъ въ соціальный порядокъ. Разсматривая такимъ образомъ покушеніе съ точки зрѣнія его матеріальной важности, человѣческое правосудіе не вправѣ карать его наравнѣ съ преступленіемъ оконченнымъ. Безъ сомнѣнія, въ преступленіи неудавшемся мы видимъ, что дѣятель преслѣдовалъ свое намѣреніе до конца, сдѣлалъ все, отъ него зависящее, для осуществленія преднамѣреннаго, и если требуемое для состава преступленія послѣдствіе не наступило, то не по винѣ дѣятеля; съ точки зрѣнія безусловной справедливости онъ является поэтому столь же виновнымъ, какъ и тотъ, кто выполнилъ преступленіе. Но разница въ результатѣ должна имѣть вѣсъ въ глазахъ человѣческаго правосудія. Frapper de la même peine l'un et l'autre, c'est confondre la responsabilité pénale avec la responsabilité morale; c'est faire abstraction de l'élément materiel du crime et n'avoir égard qu'à la perversité de l'intention; c'est enfreindre les principes qui doivent guider le législateur dans l'appréciation de la gravité des offences et dans la fixation de la mesure des peines. На основаніи Бельгійскаго Code pénal, покушенія на contraventions остаются ненаказуемыми; покушенія на délits—влекутъ за собою уголовную кару только въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ (art. 53), именно въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ статьями: 162, 166, 184, 185, 187, 188, 252, 284, 286, 287, 336, 337, 405, 441, 466 и 514. Что касается преступленій, то здѣсь общимъ правиломъ является наказуемость покушенія прерваннаго или оставшагося безъ результата по обстоятельствамъ, независящимъ отъ воли виновнаго, причемъ оно облагается наказаніемъ, *непосредственно* стоящимъ ниже того, которое опредѣляется за преступленіе оконченное. Такимъ образомъ, если за оконченное преступленіе полагается смертная казнь, то покушеніе

наказывается вѣчными каторжными работами; вѣчныя каторжныя работы замѣняются для покушенія срочными отъ 15—20 л. и т. д. Но при этомъ ассизному суду не предоставленъ выборъ одного изъ двухъ непосредственно низшихъ параллельныхъ наказаній, напр. между вѣчными каторжными работами или срочными отъ 15—20 л., а потому, при отсутствіи смягчающихъ обстоятельствъ, онъ можетъ назначить только то изъ двухъ низшихъ наказаній, которое непосредственно слѣдуетъ за наказаніемъ, полагаемымъ за оконченное преступленіе, а затѣмъ уже смягчить это непосредственно низшее наказаніе по имѣющимся въ виду суда особымъ основаніямъ, говорящимъ въ пользу обвиняемаго. Правило о наказуемости покушенія на всякое преступленіе допускаетъ нѣкоторыя изъятія. Законъ объявляетъ ненаказуемымъ покушеніе на вовлеченіе въ развратъ или развращеніе (crime de prostitution ou de corruption) ребенка моложе 11 лѣтъ, на томъ основаніи, что дѣйствія, заключающія въ себѣ поощреніе къ разврату, если послѣднее не увѣнчалось успѣхомъ, представляются съ характеромъ, слишкомъ неопредѣленнымъ и сомнительнымъ, чтобы ихъ можно было разсматривать какъ начало исполненія даннаго преступленія; кромѣ того преступленіе это предполагаетъ въ дѣятелѣ привычку поощрять, способствовать или благопріятствовать непотребству или развращенію малолѣтнихъ, чѣмъ исключается возможность отдѣльнаго покушенія. Покушеніе на вытравленіе плода наказывается тогда только, если средства, употребляемыя для производства выкидыша у женщины, *безъ ея на то согласія*, остались безуспѣшными. Только этотъ видъ покушенія, т. наз. crime manqué законъ объявляетъ наказуемымъ; покушеніе же прерванное или неоконченное остается ненаказуемымъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда виновными являются: докторъ, хирургъ, акушеръ или аптекарь; слишкомъ трудно, въ самомъ дѣлѣ, доказать наличность преступнаго умысла до того времени, пока дѣятель еще не сдѣлалъ всего, отъ него зависѣвшаго, для его осуществленія. Затѣмъ всякое покушеніе произвести выкидышъ, даже предпринятое лицомъ, спеціально знакомымъ съ дѣломъ, но съ согласія женщины, остается ненаказуемымъ, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ правосудію еще несравненно труднѣе констатировать намѣреніе, которое почти всегда является съ характеромъ сомнительнымъ. Допущеніе зазаконодателемъ судебнаго преслѣдованія въ подобныхъ случаяхъ чаще всего имѣло-бы въ результатѣ только скандальныя разобла-

ченія. Равнымъ образомъ покушеніе на лжесвидѣтельство по уголовному дѣлу остается ненаказуемымъ, ибо если свидѣтель своевременно (en temps utile) беретъ назадъ сое лживое показаніе, то дѣйствіе его является покушеніемъ, оставшимся безъ результата по волѣ самого дѣятеля; затѣмъ съ момента заключенія преній или заарестованія свидѣтеля, преступленіе уже почитается оконченнымъ.

Различныя категоріи соучастниковъ въ преступленіи и ихъ наказуемость.

(ст. 47 и 48 проекта редакціонной коммисіи).

а) виновники и пособники въ преступленіи.

I.

Langenbeck, die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, изд. 1868 г., стр. 181 и слѣд.

Пособникомъ является тотъ изъ участниковъ преступленія, который какимъ либо образомъ содѣйствуетъ его выполненію, но при этомъ хлопочетъ (betreibt)о выполненіи преступленія не какъ о своемъ собственномъ, а какъ о чужомъ для него дѣлѣ. Дѣятельность пособника лишена самостоятельнаго юридическаго характера и должна быть разсматриваема какъ accessorium, опредѣляемое свойствомъ дѣйствія виновника, какъ своимъ principale. Въ виду этого критерій, которымъ пособникъ отличается отъ прочихъ соучастниковъ, заключается не столько въ размѣрахъ содѣйствія, сколько въ намѣреніи содѣйствующаго, такъ что пособникомъ можетъ быть и тотъ, дѣятельность котораго одинакова съ дѣятельностью виновника или даже превосходитъ ее по своимъ размѣрамъ; съ другой стороны, съ учиненіемъ главнаго дѣйствія, составляющаго преступленіе (die verbrecherische Haupthandlung), дѣятель утрачиваетъ характеръ пособника и дѣлается совиновникомъ, ибо совершеніемъ главнаго дѣйствія, онъ усвояетъ себѣ то намѣреніе, которое до того онъ преслѣдовалъ, какъ для него чужое.

Изъ зависимаго характера пособничества вытекаетъ съ логическою необходимостью то положеніе, что наказуемый пособникъ не мыслимъ, если нѣтъ учиненнаго виновникомъ преступленія

(хотя бы и неоконченнаго), ибо ни о комъ нельзя сказать, что онъ помогалъ воспроизведенію того, что вовсе не осуществилось, а потому онъ не можетъ заслуживать ни вполнѣ, ни отчасти того наказанія, которое угрожаетъ виновнику. О наказаніи могла бы быть рѣчь только въ томъ случаѣ, еслибы дѣйствія, предпринятыя съ цѣлью вспоможенія предположенной дѣятельности другаго лица, были сами по себѣ наказуемы. Дальнѣйшій отсюда выводъ тотъ, что нѣтъ наказуемаго пособничества, если дѣятельность виновника не составляетъ, по меньшей мѣрѣ, наказуемаго покушенія. Противнаго мнѣнія держится Bauer, который допускаетъ возможность оконченнаго пособничества, даже когда преступленіе, совершенію котораго оно должно было содѣйствовать, не достигло степени покушенія. „Если напр., говоритъ Bauer, кто либо завѣдомо и намѣренно одолжитъ другому заряженный пистолетъ для совершенія задуманнаго послѣднимъ убійства, то его пособничество является оконченнымъ, хотя бы другое лицо совершенно оставило свое намѣреніе учинить убійство, не сдѣлавъ еще ничего для выполненія этого преступленія".

Въ приведенномъ Bauer'омъ примѣрѣ виновникъ, какъ совершитель преступленія, отсутствуетъ. Какимъ же образомъ, спрашиваетъ авторъ, можно наказывать другаго за пособничество къ совершенію преступленія, которое никогда не было совершаемо.

Съ другой стороны оконченное пособничество (wie sie geleistet werden wollte und sollte) возможно и тогда, если виновникомъ учинено только наказуемое покушеніе. Но покушеніе на пособничество не можетъ имѣть мѣста. Въ пользу противнаго приводилось то соображеніе, что и въ преступной дѣятельности пособника и въ ея послѣдствіи можно вообразить себѣ различныя ступени и степени и что основаніе, почему кодексы не всякую степень пособничества облагаютъ одинаковымъ наказаніемъ, должно искать въ томъ, что къ дѣятельности пособника примѣняются общія начала ученія о покушеніи. Съ особенною ясностію это явствуетъ изъ того, что законъ установляетъ ненаказуемость пособничества въ случаѣ добровольнаго отказа пособника,—положеніе, прямо вытекающее изъ внутренней природы покушенія. Однако всѣ эти аргументы не убѣдительны. Чтобы вообще имѣть возможность провести юридическую грань между покушеніемъ и совершеніемъ, необходимо существованіе въ дѣятельности виновнаго опредѣленнаго момента, до достиженія котораго дѣятельность его является покушеніемъ и

переступивъ за который становится оконченнымъ дѣяніемъ, но такой моментъ въ дѣятельности пособника отсутствуетъ, ибо все то, чѣмъ лицо желаетъ оказать вспоможеніе виновнику, или дѣйствительно для него полезно, или нѣтъ, и хотя бы, въ первомъ случаѣ, дѣятельность пособника далеко не удовлетворяла ожиданіямъ и желаніямъ дѣятеля, она всегда является помощью уже оказанною, а не покушеніемъ на пособничество. Въ частности нельзя считать покушеніемъ обѣщанную, но не оказанную въ дѣйствительности помощь, ибо обѣщаніе или не производитъ никакого интеллектуальнаго вліянія на того, кому оно было дано, или воздѣйствуетъ на него психически и въ такомъ случаѣ будетъ уже дѣйствительно оказаннымъ интеллектуальнымъ пособничествомъ.

Добровольный отказъ отъ пособничества не дѣлаетъ пособника безусловно ненаказуемымъ. Если то, что уже было имъ сдѣлано, принесло какую либо пользу виновнику, то, очевидно, о безнаказанности пособника не можетъ быть рѣчи. Köstlin допускаетъ полную ненаказуемость тамъ „гдѣ интеллектуальное содѣйствіе, выразившееся въ обѣщаніи или начатомъ его исполненіи, прекращается *положительно*—своевременнымъ, прямо выраженнымъ, заявленіемъ о своемъ отказѣ или своевременнымъ извѣщеніемъ подлежащей власти“. Съ этимъ нельзя согласиться, ибо въ подобномъ случаѣ существуетъ уже дѣйствительно оказанное пособниничество, которое не всегда можетъ быть сдѣлано недѣйствительнымъ чрезъ объявленіе пособника о своемъ отказѣ отъ содѣйствія, какъ напр. въ томъ случаѣ, когда пособничество заключается въ указаніи средствъ, описаніи мѣстности, или когда власти не удается предотвратить покушеніе или совершеніе преступленія. Ненаказуемость добровольно отступившаго пособника можно допустить лишь при томъ условіи, если онъ самъ воспрепятствовалъ выполненію преступленія, начатому виновникомъ и съ своей стороны не оказалъ обѣщанной имъ помощи, ибо имъ уже во всякомъ случаѣ была оказана интеллектуальная помощь наказуемому покушенію виновника.

Кульпозное пособничество такъ же не можетъ имѣть мѣста, какъ и долозное пособничество кульпозному преступленію. Первое положеніе вытекаетъ уже изъ самаго понятія соучастія, равно какъ изъ того различія, которое существуетъ между пособничествомъ и подстрекательствомъ. Ненамѣренное содѣйствіе чужому преступленію есть нѣчто чисто объективное, что можетъ подлежать наказанію,

какъ самостоятельное кульпозное преступленіе или полицейское нарушеніе, но не какъ accessorium того преступленія, которое вовсе не имѣлось пособникомъ въ виду. Что касается вопроса о возможности умышленнаго пособничества къ кульпозному преступленію, то здѣсь должно различать два случая: если кто либо, желая воспроизведенія извѣстнаго преступнаго послѣдствія, способствуетъ дѣятельности другаго, въ ожиданіи, что таковая повлечетъ за собою, хотя и помимо воли дѣйствующаго, желаемое послѣдствіе, то онъ не будетъ пособникомъ, такъ какъ въ данномъ случаѣ онъ преслѣдуетъ свой собственный интересъ. Столь же мало подходитъ сюда и другой приводимый Luden'омъ случай, въ которомъ одно лицо помогаетъ другому въ его умышленной преступной дѣятельности, причемъ таковая воспроизводитъ послѣдствіе, лежащее внѣ намѣренія дѣйствующаго, ибо въ данномъ случаѣ вообще нельзя говорить ни объ умышленномъ, ни о кульпозномъ пособничествѣ по той причинѣ, что никто не можетъ дѣйствовать для цѣлей другаго лица, которыхъ послѣднее вовсе не имѣетъ.

Пособничество выражается въ духовной (интеллектуальной) или тѣлесной (физической) дѣятельности, способствующей совершенію преступленія. Первая можетъ заключатьсяся напр. въ дачѣ совѣта относительно наиболѣе вѣрнаго и легкаго способа выполненія преступленія, въ ободряющемъ убѣжденіи, которое придаетъ волѣ виновника бо̀льшую энергію, наконецъ въ простой похвалѣ, являющейся замаскированнымъ совѣтомъ. Точно также предшествующее дѣянію обѣщаніе опредѣленнагосодѣйствія послѣ совершенія дѣянія (преступленіе благопріятствованія) составляетъ интеллектуальное пособничество, ибо, укрѣпляя и ободряя виновника, оно тѣмъ самымъ помогаетъ ему преодолѣть встрѣчающіяся трудности. При этомъ конечно всегда предполагается, что преступная воля виновника не обязана своимъ первоначальнымъ происхожденіемъ такому интеллектуальному воздѣйствію, такъ какъ въ противномъ случаѣ обѣщаніе послѣдующаго содѣйствія явилось бы подстрекательствомъ. Въ доктринѣ и законодательствѣ нерѣдко проводилось различіе между предшествующимъ, современнымъ и послѣдующимъ пособничествомъ, что вполнѣ неправильно; существуетъ только предшествующее пособничество, все равно будетъ ли оно относиться къ преступленію оконченному или только къ покушенію. Способствованіе преступленію является пособничествомъ лишь до того момен-

та, когда дѣяніе перестаетъ развиваться; до этого времени оно, слѣдовательно, всегда будетъ antecedens. Затѣмъ все то, что лицо, начиная съ этого момента, дѣлаетъ для виновника, будетъ уже благопріятствованіемъ (Begünstigung); но если благопріятствованіе было обѣщано ранѣе, чѣмъ было совершено дѣяніе виновника, то оно будетъ пособничествомъ. Пособникомъ является также и тотъ, кто помогаетъ (unterstützt) пособнику. Если оказанная помощь была физическою, то чрезъ это оказывается содѣйствіе и дѣлу виновника; напр. кто либо желаетъ доставить вору лѣстницу, причемъ дѣятельность его въ этомъ направленіи (которая, быть можетъ, одна оказалась бы недостаточною) встрѣчаетъ поддержку со стороны третьяго лица, намѣреніемъ котораго было способствовать совершенію кражи. Тоже слѣдуетъ сказать и относительно интеллектуальнаго пособничества. Тотъ, кто указываетъ А, какъ ему приняться за дѣло, чтобы дѣйствительно оказать В обѣщанную помощь, становится въ тоже самое время полезнымъ и для А. Можно способствовать преступленію другаго не только дѣйствованіемъ, но и посредствомъ бездѣйствія. На этомъ основано различіе между т. наз. положительнымъ пособничествомъ и отрицательнымъ. Послѣднее имѣетъ мѣсто тогда, если несовершеніемъ чего либо даются средства или удобный случай для совершенія преступленія, или облегчается его выполненіе. Встрѣчающееся въ нѣкоторыхъ законодательствахъ различіе между существеннымъ и несущественнымъ, близкимъ и отдаленнымъ пособничествомъ, равно какъ между пособниками высшей и низшей степени, главными и побочными, представляется слишкомъ казуистическимъ и въ тоже время чрезвычайно опаснымъ, такъ какъ на немъ основываютъ различіе въ наказуемости пособниковъ. Наказуемость пособника всегда должна быть низшею сравнительно съ виновникомъ; въ пользу этого представляются не только объективныя но и субъективныя основанія. Злая воля пособника всегда слабѣе воли виновника, такъ какъ онъ хлопочетъ не о своемъ собственномъ, а о чужомъ преступномъ предпріятіи; онъ не умышляетъ преступленія, слѣдовательно, не принимаетъ на себя отвѣтственности за него. Пособникъ никогда не бываетъ непосредственно заинтересованъ въ преступленіи; онъ или дѣйствуетъ безъ всякой эгоистической выгоды (напр. изъ сострадания, услужливости, дружбы, т. е. по мотивамъ, которые сами по себѣ похвальны (или имѣетъ лишь посредственный интересъ въ томъ, чтобы преступленіе было совершено (когда ему напр. обѣщана

извѣстная плата); нерѣдко пособникъ разсуждаетъ такъ, что будетъ или не будетъ имъ оказана требуемая помощь, преступленіе всетаки совершится, или же весьма часто думаетъ, что то, что отъ него требуется, не важно и не воспрещено закономъ. Крайне односторонне, замѣчаетъ авторъ, видѣть единственное основаніе меньшей наказуемости пособника въ объективной сторонѣ его дѣятельности, какъ это дѣлаетъ Luden—именно въ томъ, что «въ дѣятельности пособника нельзя отыскать причину объективнаго существованія преступленія, такъ какъ, не взирая на эту дѣятельность, преступленіе всетаки не могло бы быть совершено, если бы виновникъ не учинилъ того дѣйствія, которое, по закону причинной связи, должно было создать (zur Existenz bringen) преступленіе.» Man kann aber sicherlich die grosse Bedeutung, welche darin liegt, dass die Handlung des Gehülfen nicht den vollen Thatbestand des Verbrechens, der Handlung des Urhebers ergiebt, hinreichend anerkennen und würdigen und wird dadurch nicht im Mindesten gehindert, auch auf die subjectiven Gründe genügendes Gewicht zu legen, und zwar so, dass man nicht bloss überhaupt auf den Willen des Gehülfen, dass vom Urheber beabsichtigte Verbrechen zu fördern, sondern auch auf Qualität dieses Willens Rücksicht nimmt.

Единственно правильный принципъ опредѣленія мѣры наказанія пособнику можетъ быть формулированъ, по мнѣнію автора, такъ: Es ist weder das Gewicht allein auf die äussere Wirksamkeit, noch lediglich auf die Absicht zu legen, sondern auf die Absicht, wie sie sich in der Wirksamkeit verkörpert, mit anderen Worten, auf den Charakter der „Handlung". Denn Urheber und Gehülfe haben zwar beide das Verbrechen gewollt, auch des letzteren Absicht ging dahin, dass das Verbrechen vom Urheber begangen werde, aber rücksichtlich des Motivs sind sie verschieden zu beurtheilen". Изъ побочнаго характера пособничества вытекаетъ, что наказаніе пособнику должно быть опредѣлено на основаніи того уголовнаго закона, который примѣняется къ виновнику. Это не должно означать, что пособникъ подлежитъ одинаковому съ виновникомъ наказанію; полное наказаніе, хотя бы даже оно составляло только minimum наказанія, относительно-опредѣленнаго въ законѣ, никогда не можетъ быть налагаемо на пособника; послѣдній всегда подлежитъ лишь части того наказанія, которое долженъ понести виновникъ, ибо его субъективная наказуемость никогда не бываетъ такою, какъ наказуемость виновника, а съ другой стороны всякій законъ, облагая совершеніе самостоя-

тельнаго преступленія извѣстнымъ наказаніемъ, предполагаетъ, что лицо, подлежащее наказанію, учинило свое собственное преступленіе (sein eigenes Verbrechen begangen hat) и объективной составъ дѣянія, взятый въ его цѣлости, существуетъ только по отношенію къ нему (der volle objective Thatbestand in Bezug auf ihn vorliege). На этомъ основаніи наказаніе пособника можетъ близко подходить къ наказанію виновника, но никогда не должно равняться послѣднему. Размѣръ наказанія пособника долженъ опредѣляться, помимо субъективныхъ моментовъ, степенью дѣятельности пособника, т. е. смотря по большему или меньшему вліянію, оказанному имъ на совершеніе преступленія, но вмѣстѣ съ тѣмъ изъ зависимой природы пособничества вытекаетъ то положеніе, что даже тотъ, кто оказалъ полное, желаемое имъ или обѣщанное, пособничество къ неоконченному преступленію, всегда долженъ подлежать меньшему наказанію, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда виновникъ выполнилъ свое преступленіе. Конечно то обстоятельство, что преступленіе не доведено до конца, есть нѣчто совершенно независящее отъ пособника, но тѣмъ не менѣе остается въ силѣ то положеніе, что въ данномъ случаѣ соучастіе относилось, въ качествѣ accessorium, къ такому principale, которое въ объективномъ отношеніи имѣетъ меньшее значеніе, чѣмъ совершеніе; къ этому сверхъ того присоединяются субъективныя основанія, говорящія въ пользу вообще меньшей наказуемости пособника, сравнительно съ виновникомъ. Кромѣ этихъ началъ, опредѣляющихъ спеціально наказуемость пособничества, для правильнаго опредѣленія, въ конкретномъ случаѣ, мѣры слѣдующаго пособнику наказанія, къ нему должны имѣть примѣненіе и общія начала опредѣленія мѣры наказанія каждаго преступнаго дѣянія. Такъ злая воля, лежащая въ основѣ дѣятельности пособника, является болѣе или менѣе преступною, смотря по тому, было ли употреблено обольщеніе пособника (и какова была сила этого обольщенія), или же въ данномъ случаѣ никакого обольщенія не было. Особенно важное значеніе для опредѣленія интенсивности и развращенности воли пособника имѣютъ тѣ мотивы, которые имъ руководили и, уже по одному этому наказуемость его можетъ представляться весьма различною. Тотъ, кто напр. помогаетъ освобожденію заключеннаго изъ чувства состраданія, долженъ быть наказанъ гораздо менѣе того, кто оказалъ свое содѣйствіе за плату. Равнымъ образомъ индивидуальныя качества пособника вліяютъ на его наказуемость: такъ малолѣтній пособникъ подлежитъ мень-

шему наказанію сравнительно съ тѣмъ, который уже находится въ зрѣломъ возрастѣ, глупый сравнительно съ субъектомъ, болѣе богатымъ психическими силами, и т. д. Изложенныя общія начала примѣнимы какъ къ случаямъ т. наз. спеціальнаго, такъ и общаго пособничества (in dem Falle der sogenannten speciellen als der generellen Beihülfe), т. е. когда юридическій характеръ или большая или меньшая наказуемость дѣйствія виновника зависитъ отъ наличности извѣстныхъ личныхъ качествъ, которыми обладаетъ или не обладаетъ пособникъ. Въ случаѣ напр. отцеубійства законъ, которымъ опредѣляется наказуемость сына, долженъ служить и основаніемъ для опредѣленія наказанія пособнику, хотя бы послѣдній вовсе не находился въ родственныхъ отношеніяхъ къ убитому. Авторъ считаетъ неправильнымъ мнѣніе тѣхъ криминалистовъ, которые признаютъ, что въ этомъ случаѣ наказаніе пособнику должно быть опредѣлено на основаніи того закона, который бы долженъ былъ получить къ нему примѣненіе, если бы онъ въ данномъ случаѣ дѣйствовалъ въ качествѣ виновника (такъ что въ приведенномъ примѣрѣ пособникъ, не состоящій въ родственныхъ отношеніяхъ къ убитому, долженъ понести наказаніе за обыкновенное убійство). Пособникъ, по мнѣнію этихъ криминалистовъ, могъ бы быть отвѣтственнымъ за цѣль, преслѣдуемую виновникомъ, лишь въ той мѣрѣ, поскольку онъ могъ бы стремиться къ этой цѣли, какъ къ своей собственной (что напр. при отцеубійствѣ невозможно по самой природѣ вещей). Квалифицирующій моментъ въ отцеубійствѣ, говорятъ эти криминалисты, долженъ быть разсматриваемъ, какъ простое увеличивающее наказаніе обстоятельство, которое столь же мало касается пособника, какъ напр. то, что воръ, которому онъ помогалъ, судится уже въ третій разъ за кражу. Такая точка зрѣнія не соотвѣтствуетъ истинному характеру пособничества и должна бы логически привести или къ чрезмѣрной строгости наказанія, или же, наоборотъ, къ чрезвычайной его слабости. При послѣдовательномъ проведеніи той мысли, которая лежитъ въ основѣ приведеннаго мнѣнія, не слѣдовало бы вовсе наказывать того пособника, который вообще не могъ бы совершить преступленія, которому содѣйствовалъ. Забываютъ при этомъ, что пособникъ содѣйствуетъ не своему собственному, а чужому дѣлу, и что именно въ силу этого онъ можетъ подлежать отвѣтственности. Невозможно напр. оставлять безнаказаннымъ пособничество въ томъ случаѣ, когда чисто должностному преступленію содѣйствуетъ лицо, не обязанное службою. Неужели, спрашиваетъ авторъ,

женщина, явившаяся пособницею при изнасилованіи должна оставаться безнаказанною?

Обратно, если бы личное отношеніе виновника къ объекту преступленія могло служить основаніемъ къ болѣе снисходительному къ нему отношенію, то это обстоятельство должно быть принято во вниманіе и при опредѣленіи наказанія пособнику, какъ напр. въ случаѣ пособничества къ дѣтоубійству, совершаемому матерью новорожденнаго. Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ основаніе возвышенія или пониженія наказанія заключалось въ самомъ преступленіи, а не въ личности дѣятеля. Что же касается личныхъ качествъ виновника, то послѣднія вовсе не вліяютъ на наказуемость пособника; наказаніе пособника не должно быть болѣе строгимъ напр. вслѣдствіе того, что виновникъ рецидивистъ, или болѣе мягкимъ, если напр. наказаніе ему должно быть смягчено по его несовершеннолѣтію; далѣе свойство мотивовъ, которыми руководится пособникъ, должнобыть оцѣниваемо совершенно независимо отъ свойства побужденій виновника.

Едва ли нужно упоминать о томъ, что основанія къ возвышенію или смягченію наказанія пособника, заключающіяся въ его индивидуальныхъ отношеніяхъ, не оказываютъ никакого вліянія на наказуемость виновника, въ виду того, что виновничество стоитъ, по отношенію въ пособничеству, вполнѣ самостоятельно, а не какъ его accessorium.

Изъ понятія соучастія вытекаетъ, что пособникъ является отвѣтственнымъ лишь въ той мѣрѣ, насколько виновникъ дѣйствовалъ согласно съ его волею. Если виновникъ совершаетъ нѣчто такое, что выходитъ изъ рамокъ того, чему хотѣлъ помогать пособникъ, то здѣсь уже нѣтъ соучастія: напр. А, желая помочь В, при совершеніи послѣднимъ кражи, собираетъ для этого справки относительно времени и мѣста, удобныхъ для совершенія кражи; но В, вмѣсто кражи, учиняетъ грабежъ. Если то преступленіе, которое желается пособникомъ, можетъ быть выполнено только при отягчающихъ вину обстоятельствахъ, то пособникъ также подлежитъ наказанію въ высшей мѣрѣ, потому что онъ вообще поставилъ себя въ зависимость отъ образа дѣйствій виновника; послѣдній же самъ не въ состояніи знать напередъ свое дѣяніе во всѣхъ его подробностяхъ и находится въ зависимости отъ внѣшнихъ обстоятельствъ, которыхъ нельзя предвидѣть, и которыя впервые обнаруживаются при выполненіи преступленія. Съ другой стороны нельзя, говоритъ авторъ, утверждать, что бы А, помогающій В

въ убійствѣ С, долженъ былъ безусловно нести усиленное наказаніе за всѣ, учиненныя при этомъ В жестокости; если такихъ жестокостей можно было избѣжать и А ихъ не хотѣлъ, то съ него снимается отвѣтственность за этотъ квалифицирующій моментъ дѣянія. Конечно если А непосредственно помогаетъ учиненію подобныхъ жестокостей, если онъ напр. держитъ С въ то время, какъ его убиваютъ медленнымъ мучительнымъ способомъ, то здѣсь мы видимъ согласіе съ его стороны на учиненіе этихъ жестокостей; но нельзя вмѣнить таковыхъ въ вину пособнику, дѣятельность котораго заключалась въ отысканіи подходящаго мѣста для учиненія преступленія, указаніи удобнаго для того времени и т. п. Вообще только изъ совокупности обстоятельствъ даннаго случая можно вывести правильное заключеніе объ истинномъ намѣреніи пособника и опредѣлить, желалъ или не желалъ онъ всего того, что учинено виновникомъ.

II.

Geyer, Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung, стр. 378 и слѣд.

Пособникомъ (Helfer, Beiständer, ungleicher Theilnehmer, auxiliator, socius criminis) является тотъ, кто намѣренно способствуетъ умышленной преступной дѣятельности другаго лица. Изъ такого опредѣленія вытекаетъ: 1) что пособничество можетъ быть только умышленнымъ. Можно себѣ представить, что лицо способствуетъ дѣятельности другаго, не желая того, но въ такомъ случаѣ ему можетъ быть вмѣнено только неосторожное преступленіе, но не пособничество, какъ таковое; 2) что пособничество предполагаетъ умышленную преступную дѣятельность, къ которой оно присоединяется, какъ дѣятельность вспомогательная. Согласно этому умышленное вспоможеніе кульпозной преступной дѣятельности не будетъ пособничествомъ. Такое мнимое пособничество въ дѣйствительности можетъ оказаться умышленнымъ совершеніемъ (виновничествомъ) преступленія и въ такомъ случаѣ къ нему примѣнимы соображенія, аналогичныя съ тѣми, которыя относятся къ мнимому подстрекательству. Подобнымъ же образомъ должны быть обсуждаемы и тѣ случаи, въ которыхъ кто-либо съ преступнымъ. намѣреніемъ помогаетъ невмѣняемому субъекту въ его дѣятельности, или умышленно содѣйствуетъ такому дѣянію, которое

не можетъ быть вмѣнено дѣятелю въ вину (nicht zurechenbar ist), вслѣдствіе напр. заблужденія, котораго нельзя было избѣгнуть и т. п. Въ этомъ случаѣ мнимый пособникъ самъ будетъ виновникомъ (если только данное преступное дѣяніе не требуетъ непремѣнно dolus со стороны непосредственнаго исполнителя). Если лицо, въ дѣйствительности содѣйствуя неспособному ко вмѣненію лицу или невмѣнимому дѣянію (einen zurechnungsunfähigen oder eine unzurechenbare Thätigkeit unterstützt), ошибочно полагаетъ, что дѣятель поступаетъ умышленно, то хотя чрезъ это въ объективной формѣ отношенія ничего не измѣняется, тѣмъ не менѣе къ содѣйствующему должно имѣть примѣненіе лишь наказаніе за пособничество, ибо его воля была направлена только на дѣятельность вспомогательную. Съ другой стороны тотъ кто умышленно помогаетъ лицу, дѣйствующему съ преступнымъ умысломъ (welcher dolos einen dolos Handelnden unterstützt), но при этомъ думаетъ, что послѣднее не имѣетъ никакого преступнаго намѣренія, остается, несмотря на такую ошибку, только пособникомъ, хотя при опредѣленіи ему наказанія его субъективное предположеніе должно быть принято судьею въ соображеніе. 3) Изъ опредѣленія пособничества слѣдуетъ далѣе, что дѣятельность пособника является, по отношенію къ дѣятельности исполнителя (des Thäters) и подстрекателя, дѣятельностью зависимою (untergeordnete). Пособникъ совершаетъ не самое преступленіе, которому онъ способствуетъ, онъ равнымъ образомъ не оказываетъ сознательно, подобно подстрекателю, опредѣленнаго вліянія на дѣятеля. Онъ является такимъ образомъ „побочнымъ участникомъ“ (ein Nebentheilnehmer), но не смыслѣ схоластическаго разграниченія старыхъ криминалистовъ, которые, исходя исключительно изъ объективной точки зрѣнія, учили что reus principalis характеризуется какъ caussa principalis преступленія, а пособникъ - какъ его caussa secundaria. Реакціею противъ схоластическаго ученія явилась теорія, допускавшая только субъективное различіе между пособниками и виновниками. Различныя предлагавшіяся этою теоріею формулы сводятся къ слѣдующимъ положеніямъ: виновникомъ преступленія является тотъ, кто хочетъ преступленія, какъ своего собственнаго или въ своемъ собственномъ интересѣ, кто хлопочетъ о преступленіи, какъ о своемъ собственномъ дѣлѣ; пособникомъ же будетъ тотъ, кто желаетъ преступленія только какъ чуждаго ему, въ чужихъ видахъ хлопочетъ о немъ, какъ о чужомъ для него дѣлѣ. Противъ такого положенія прежде

всего можно возразить, что одно различіе въ мотивахъ не можетъ превратить ни дѣятельность пособника въ дѣятельность виновника, ни наоборотъ. Кромѣ того разграниченіе собственнаго интереса отъ чужаго представляется совершенно неточнымъ, такъ какъ интересъ, который заключается для лица въ чужомъ интересѣ, всетаки остается его собственнымъ интересомъ. Степень живости интереса (Lebhaftigkeit des Interesses) не можетъ служить основаніемъ для разграниченія пособничества отъ виновничества, пока она не проявляется въ самой дѣятельности; какъ бы сильно ни былъ заинтересованъ пособникъ въ томъ, чтобы убійство было совершено, онъ не дѣлается убійцею, если не приступаетъ къ совершенію убійства. Большинство приверженцевъ субъективной теоріи нашлись вынужденными отступить нѣсколько отъ ея выводовъ, признавая, что тотъ, кто совершаетъ главное дѣйствіе въ составѣ преступленія, не становится пособникомъ, а остается виновникомъ и тогда, если онъ дѣйствуетъ въ чужихъ видахъ. Но если такимъ образомъ въ одномъ случаѣ рѣшеніе вопроса зависитъ отъ рода дѣятельности лица, объективной природы вещей, то непонятно, почему нельзя воспользоваться тѣмъ же критеріемъ и для побочныхъ дѣйствій (Nebenhandlungen). Согласно этому пособникомъ будетъ тотъ, кто, умышленно содѣйствуя какому-либо преступленію, не является подстрекателемъ къ таковому и не исполняетъ самъ (сознательно) главное дѣйствіе преступленія. Пособникъ всегда подчиняетъ свою дѣятельность (которая вообще можетъ представляться весьма обширною и важною) дѣятельности виновника, предоставляя ему совершить главное дѣйствіе, т. е. такое дѣйствіе, которое, безъ посредствующей умышленной дѣятельности третьяго лица, должно привести преступленіе къ выполненію. Wer mit Wissen und Willen die Haupthandluug begeht, ist Thäter, wer sie überhaupt nicht begeht, kann nur Gehülfe sein; wer sie nicht wissentlich (mit dem auf ihre Begehung gerichteten Willen) begeht, ist nicht doloser Thäter, sondern entweder nur culposer Thäter oder zugleich Gehülfe, falls er mit dem Helferwillen handelnd einem Thäter zur Seite steht, der mindestens einen Versuch begangen hat. Дѣятельность пособника никогда не можетъ, сама по себѣ, составлять ни покушенія, ни совершенія того преступленія, осуществленію котораго она способствуетъ; для наличности покушенія или оконченнаго преступленія необходимо, чтобы къ дѣятельности пособника присоединилось какое-либо дѣйствіе виновника. Вотъ почему

она всегда остается, по отношенію къ главному дѣйствію, дѣятельностью побочною, подчиненною.

Въ прежнее время, въ прошломъ столѣтіи и началѣ нынѣшняго, доктрина вводила въ понятіе соучастія множество подраздѣленій, относившихся главнымъ образомъ къ пособничеству, но этимъ не достигалось ни теоретически, ни практически важныхъ результатовъ. Многія изъ этихъ подраздѣленій прямо несостоятельны или по меньшей мѣрѣ совершенно излишни. Такъ не выдерживаетъ критики дѣленіе на соучастіе предшествующее, одновременное и послѣдующее (concursus antecedens, concomitans, subsequens), ибо послѣдующее соучастіе подходитъ подъ понятіе прикосновенности (Begünstigung). Столь же несостоятельно дѣленіе пособничества на опредѣленное и неопредѣленное. Подъ послѣднимъ должно разумѣть такое, которое является не содѣйствіемъ совершенію единичнаго преступленія, а извѣстному роду преступленій, напр. преступленій противъ цѣломудрія, извѣстныхъ видовъ подлога и т. п.; о такомъ неопредѣленномъ пособничествѣ можно сказать то же, что и о неопредѣленномъ умыслѣ: если дѣйствіе пособника совершено хотя бы съ умысломъ эвентуально направленнымъ на опредѣленное преступленіе, то мы уже имѣемъ опредѣленное пособничество; если же въ головѣ пособника родилась только мысль о возможности пособничества возможнымъ въ будущемъ преступленіямъ, то она можетъ вызывать уголовную репрессію только тогда, если существуетъ преступное посягательство, которому содѣйствуетъ пособникъ.

Особеннаго вниманія заслуживаютъ подраздѣленія пособничества: а) на физическое и психическое (интеллектуальное), б) на непосредственное и посредственное, в) на существенное и несущественное, д) на положительное и отрицательное и е) на общее и особенное.

Такъ наз. психическое (интеллектуальное, моральное, духовное) пособничество заключается въ (долозномъ) психическомъ воздѣйствіи, посредствомъ котораго укрѣпляется преступная рѣшимость другаго лица, а иногда и оказывается содѣйствіе приведенію ея въ исполненіе, тогда какъ подъ физическимъ пособничествомъ (gemischten oder Thathülfe im Gegensatz zu der Rathhülfe) разумѣется способствованіе преступной дѣятельности посредствомъ умышленной тѣлесной дѣятельности, выражающееся напр. въ доставленіи матеріальныхъ средствъ для таковой, или устраненіи встрѣтившихся

на пути къ преступленію препятствій и т. д. Разграничительная черта между обоими видами пособничества часто сглаживается и было бы ошибочно одинъ изъ нихъ считать заслуживающимъ высшаго наказанія, чѣмъ другой. Какъ съ одной стороны психическое пособничество можетъ приближаться, по своему значенію, къ подстрекательству, такъ съ другой стороны возможно подобное же сближеніе физическаго пособничества съ виновничествомъ. Внѣшнія формы, въ которыхъ можетъ выражаться психическое пособничество, въ высшей степени разнообразны, но съ уголовноюридической точки зрѣнія являются имѣющими одинаковое значеніе. Всѣ тѣ формы, въ которыя облекается подстрекательство, могутъ быть также и формами психическаго пособничества. Въ частности: 1) психическое пособничество существуетъ, когда тотъ, кто желаетъ подстрекнуть другаго, застаетъ его уже рѣшившимся на преступленіе, но это „покушеніе на подстрекательство" укрѣпляетъ лицо въ его намѣреніи; 2) психическое пособничество почти всегда также заключается и въ оказаніи физической помощи, вслѣдствіе того, что обыкновенно дѣятель, которому оказывается такая помощь (все равно, знаетъ онъ или нѣтъ о томъ, что помощь явилась не случайно, а умышленно) ободряется въ своей преступной рѣшимости; 3) психическое пособничество заключается и въ обѣщаніи помощи; 4) равнымъ образомъ интеллектуальнымъ пособничествомъ будетъ и обѣщаніе оказать содѣйствіе преступнику по учиненіи имъ преступленія (обѣщаніе благопріятствованія).

Пособничество является непосредственнымъ или посредственнымъ, смотря по тому, находится ли таковое въ непосредственной связи съ дѣятельностью виновника, или нѣтъ. На этомъ основаніи можно допустить: 1) пособничество къ пособничеству (Beihülfe zur Beihülfe, Hülfshülfe); 2) пособничество къ подстрекательству, которое всегда является психическомъ; 3) подстрекательство къ пособничеству, которое является по существу ничѣмъ инымъ, какъ пособничествомъ къ преступленію виновника. Старая доктрина, со временъ италіанскихъ практиковъ, различала auxiliator delicto caussam dans и auxiliator simplex, соотвѣтственно чему новѣйшіе криминалисты нерѣдко проводятъ различіе между главными и побочными пособниками, или существеннымъ и несущественнымъ пособничествомъ Въ основѣ такого дѣленія лежитъ стремленіе уравнять въ отношеніи наказуемости главнаго пособника съ виновникомъ. Обыкновенно подъ этимъ т. наз. главнымъ или существеннымъ пособни-

чествомъ разумѣется такое вспоможеніе, безъ котораго дѣяніе не могло-бы быть совершено. Но о каждомъ вспомогательномъ дѣйствіи можно сказать, что безъ него дѣяніе, въ томъ видѣ, какъ оно было совершено, in concreto было невозможно, а съ другой стороны рѣшать вопросъ съ той точки зрѣнія, что преступленіе могло быть совершено какимъ либо инымъ образомъ (in abstracto) и безъ такой помощи, будетъ совершенно произвольно. Въ виду этого дѣленіе на главныхъ и побочныхъ пособниковъ крайне несостоятельно. Выраженія: положительное и отрицателвное пособничество (concursus positivus, negativus) часто употребляются несоотвѣтственно ихъ истинному смыслу. Такъ Köstlin понимаетъ подъ отрицательнымъ пособничествомъ не только умышленное непрепятствованіе совершенію какого либо преступленія, но причисляетъ сюда же тотъ случай, когда лицо „напередъ обѣщаетъ, на тотъ случай, если преступленіе будетъ учинено, не доноситъ о томъ". Такое обѣщаніе, по мнѣнію Geyer'a, является по меньшей мѣрѣ психическимъ пособничествомъ, осуществленнымъ посредствомъ положительнаго воздѣйствія на преступника; обѣщаніе не препятствовать совершенію преступленія или не доносить о немъ можетъ быть даже одной изъ формъ подстрекательства.

По мнѣнію Geyer'a, отрицательное пособничество, т. е. оказываемое посредствомъ упущеній (durch blosse Unterlassungen begangene Beihülfe), должно быть отличаемо отъ простаго непрепятствованія совершенію преступленія. Для того, чтобы въ умышленномъ бездѣйствіи заключалось пособничество къ преступленію, такое недѣйствованіе должно находиться въ причинной связи съ преступленіемъ, должно быть дѣйствительнымъ способствованіемъ послѣднему. Но это возможно только въ томъ предположеніи, что на лицѣ бездѣйствующемъ лежали спеціальныя обязанности быть дѣятельнымъ, которыя не были имъ выполнены; въ умышленномъ бездѣйствіи такого лица заключается устраненіе препятствій къ совершенію преступленія, дѣйствительное способствованіе таковому; напр. сторожъ сада, неохраняющій его, съ цѣлью допустить совершеніе кражи, является, въ случаѣ учиненія таковой, пособникомъ. Напротивъ того простое непрепятствованіе совершенію преступленія, хотя бы руководимое желаніемъ, чтобы преступленіе было совершено, не составляетъ пособничества; тоже должно сказать и о недонесеніи объ имѣющемъ совершиться преступленіи. Какъ непрепятствованіе такъ и недонесеніе не должны,

по мнѣнію автора, подлежать наказанію, потому что они не находятся ни въ какой причинной связи съ тѣмъ преступленіемъ, къ которому относятся, и представляютъ, въ смыслѣ уголовнаго права, nudae cogitationes. Даже противъ обложенія ихъ полицейскими наказаніями возникаютъ серьозныя сомнѣнія, потому что, съ полицейской точки зрѣнія, непрепятствованіе и недонесеніе должны бы во всякомъ случаѣ влечь за собою наказаніе, хотя бы предположенное преступленіе затѣмъ вовсе выполнено не было.

Если же большая часть кодексовъ наказываютъ недонесеніе и непрепятствованіе преступленію не осуществившемуся, то для такого постановленія закона трудно подъискать основаніе, такъ какъ соучастія въ преступленіи здѣсь нѣтъ. Если наказывать непрепятствованіе по отношенію ко всѣмъ преступленіямъ (какъ это дѣлаютъ Вюртембергское, Тюрингенское и Саксонское уложенія), то этимъ нарушается самымъ вопіющимъ образомъ относительная соразмѣрность угрозы закона (die Verhältnissmässigkeit der Strafdrohung) по отношенію къ тѣмъ преступленіямъ, за учиненіе коихъ не установлено никакого особаго minimum'а наказанія; если же дѣлать выборъ между преступленіями, то это будетъ произвольнымъ различеніемъ, несогласнымъ съ справедливостью. Кромѣ того не надо забывать, что въ положительномъ правѣ имѣетъ силу положеніе: error juris nocet. Въ данномъ же случаѣ юридическое заблужденіе можетъ происходить двоякимъ путемъ: 1) лицо можетъ считать непрепятствованіе или недонесеніе безнаказаннымъ и дозволеннымъ, но оно можетъ равнымъ образомъ 2) считать, вслѣдствіе юридической ошибки, ненаказуемымъ и самое дѣяніе, которому оно не воспрепятствовало. Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ, весьма легко можно придти къ установленію наказанія даже не за nuda cogitatio, а только за фикцію таковой. Этимъ конечно не устраняется наказуемость должностнаго лица, которое, не выполняя своего служебнаго долга, не препятствуетъ преступленію или не доноситъ о немъ, что является въ такомъ случаѣ преступленіемъ по должности.

По отношенію къ извѣстнымъ видамъ преступныхъ дѣяній различаютъ спеціальныхъ пособниковъ отъ общихъ (socius specialis и socius generalis). Если тѣ личныя качества, которыми обладаетъ виновникъ и которыя модифицируютъ характеръ преступленія, имѣются и у пособника, то послѣдній называется спеціальнымъ пособникомъ (напр. слуга, помогающіи совершенію домашней кражи, должностное лицо—совершенію служебнаго преступленія).

Вообще личныя качества виновника вліяютъ на наказуемость пособника аналогичнымъ образомъ, какъ и при отношеніи подстрекателя къ виновнику, а именно: 1) если по отношенію къ виновнику имѣются обстоятельства, которыя исключаютъ для него вмѣненіе за Dolus, то мнимый пособникъ его можетъ быть виновникомъ, при наличности требуемыхъ для виновничества условій, но ни въ какомъ случаѣ не будетъ пособникомъ; 2) съ какого рода умысломъ дѣйствовалъ пособникъ—этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшаемъ въ отношеніи каждаго изъ участниковъ отдѣльно: пособникъ можетъ быть убійцею съ предумышленіемъ, виновникъ – убійцею по внезапному побужденію и т. п.; 3) субъективныя основанія отъ которыхъ зависитъ опредѣленіе мѣры и измѣненіе наказанія, (Strafzumessungs-und Strafänderungsgründe) вмѣнимы только тому лицу, которому они свойственны (напр. родственныя отношенія при убійствѣ и тѣлесномъ поврежденіи); 4) изъ опредѣленія понятія пособничества вытекаетъ, что лица, не обладающія такими личными качествами, которыя *объективируются*, т. е. входятъ въ понятіе даннаго преступленія, какъ его существенный признакъ (качество должностнаго лица при служебныхъ преступленіяхъ, близкое родство при кровосмѣшеніи и т. п.). могутъ однако быть пособниками по отношенію къ такому преступленію (такъ наз. socius generalis). Отсутствіе у пособника извѣстныхъ личныхъ качествъ, лишающее его возможности самому сдѣлаться виновникомъ преступленія, могло бы имѣть значеніе лишь въ случаѣ, покушенія съ его стороны *совершить* преступленіе. При этомъ конечно предполагается, что пособнику было извѣстно о тѣхъ личныхъ качествахъ виновника, отъ которыхъ зависитъ существо даннаго преступленія; въ противномъ случаѣ онъ является дѣйствовавшимъ подъ вліяніемъ фактической ошибки. Вопросъ о томъ, подлежитъ ли пособникъ *безусловно* отвѣтственности за всѣ тѣ объективные моменты въ дѣяніи виновника, которыми усиливается наказуемость послѣдняго (fur die objectiven Straferhöhungs und Strafschärfungsgründe), какъ скоро дѣяніе однородно съ тѣмъ, которому пособникъ намѣревался содѣйствовать,—долженъ быть разрѣшенъ отрицательно, такъ какъ презумпція умысла здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, недопустима Man muss sich überall hüten, замѣчаетъ авторъ, aus dem in der Natur der Sache begründeten Einverständniss zwischen den Mitschuldigen zu viel zu folgern. Если поэтому не можетъ быть доказано даже того, что пособникъ эвентуально допу-

скалъ какое-либо обстоятельство, возвышающее наказуемость дѣянія, то онъ, по отношенію къ этому обстоятельству, не будетъ пособникомъ. Полное единомысліе между криминалистами существуетъ относительно того, что пособникъ, какъ таковой, не подлежитъ никакой отвѣтственности за дѣйствительный эксцессъ виновника, т. е. когда виновникъ совершаетъ преступленіе строже наказуемое, чѣмъ то, на которое былъ направленъ dolus пособника (напр. грабежъ или убійство съ цѣлью ограбленія, вмѣсто кражи); но большинство криминалистовъ признаютъ пособника наказуемымъ, если эксцессъ выразился въ совершеніи иного преступленія, чѣмъ то, которое имѣлось въ виду пособникомъ, но наказуемаго въ равной или низшей мѣрѣ. Если умыселъ пособника былъ направленъ на болѣе тяжкое преступленіе, нежели то, которое учинено виновникомъ, то онъ наказывается за пособничество къ послѣднему; совершенно ошибочно признавать въ этомъ случаѣ покушеніе на пособничество къ несодѣянному тягчайшему преступленію.

Пособничество не есть самостоятельное преступленіе, а только содѣйствіе преступленію другаго лица. Преступный умыселъ пособника является вполнѣ осуществленнымъ только тогда, если то злодѣяніе, которому онъ желалъ способствовать, совершено виновникомъ; онъ является осуществленнымъ отчасти, если виновникомъ учинено покушеніе на преступленіе. Возможно, слѣдовательно, наказуемое пособничество къ покушенію, но не наказуемое покушеніе на пособничество. Существеннымъ признакомъ покушенія является намѣреніе дѣятеля самому совершить преступленіе, но именно такого намѣренія недостаетъ пособнику. Понятіе оконченнаго преступленія предполагаетъ наступленіе того зла, отъ котораго всякое преступленіе получаетъ характеръ опредѣленнаго злодѣянія. На этомъ основаніи какъ понятіе совершенія, такъ и понятіе покушенія не приложимы къ пособничеству. По самой сущности пособничества, дѣятельность пособника всегда является „оконченнымъ пособничествомъ“ какъ скоро дѣйствительно была оказана какая-либо помощь; но можно ли говорить о совершеніи дѣянія, когда въ томъ, что сдѣлано пособникомъ, не заключается даже въ зародышѣ полнаго осуществленія умысла, ибо таковое наступитъ впервые тогда, когда виновникъ совершитъ преступленіе. Что касается вліянія, оказываемаго на наказуемость пособника отступленіемъ его или виновника, то въ этомъ отношеніи къ пособничеству примѣнимы тѣ же начала,

какъ и при подстрекательствѣ. Если отступленіе виновника послѣдовало послѣ того, какъ имъ уже было учинено покушеніе на преступленіе, то это обстоятельство не освобождаетъ пособника отъ наказанія за пособничество къ покушенію; но если пособникъ воспрепятствовалъ совершенію преступленія, то съ нимъ должно быть поступлено, какъ съ отступившимъ отъ выполненія преступленія. Простое измѣненіе пособникомъ своего намѣренія конечно не дѣлаетъ его ненаказуемымъ. Онъ не подлежитъ никакой уголовной отвѣтственности, какъ тогда, если имъ не было оказано никакого, хотя бы психическаго пособничества (напр. обѣщаніемъ своего содѣйствія) такъ и въ томъ случаѣ, если виновникъ не приступалъ къ совершенію покушенія; если же имъ таковое было учинено, то пособникъ или долженъ воспрепятствовать выполненію преступленія, или доказать, что совершенное виновникомъ преступленіе не находилось въ причинной связи съ оказанною имъ помощью, т. е. другими словами, что помощь его не содѣйствовала преступленію (dass die Hülfe nicht wirklich Hülfe zur That war). Поэтому простое взятіе назадъ своего обѣщанія способствовать преступленію не во всѣхъ случаяхъ обусловливаетъ безнаказанность пособника, ибо такимъ отказомъ не всегда устраняется заключавшееся въ этомъ обѣщаніи способствованіе преступленію и не безусловно прерывается причинная связь, существующая между даннымъ обѣщаніемъ и преступленімъ, которое, несмотря на такой отказъ, было совершено виновникомъ. Если психическое пособничество заключалось въ дачѣ совѣта или наставленія касательно средствъ и способа совершенія преступленія, то дѣйствіе его можетъ быть парализовано только тогда, если пособникъ дѣйствительно отговорилъ лицо отъ совершенія преступленія или инымъ образомъ ему воспрепятствовалъ. Физическое пособничество, оказанное до совершенія дѣянія, не безусловно остается безнаказаннымъ какъ въ томъ случаѣ, если виновникъ не извлекъ изъ него, при совершеніи дѣянія, никакой пользы, такъ и въ томъ, когда пособникъ передъ совершеніемъ дѣянія лишаетъ виновника тѣхъ средствъ, которыя ранѣе были имъ предоставлены въ распоряженіе послѣдняго, ибо въ обоихъ случаяхъ то психическое давленіе, которое было произведено на виновника первоначально оказаннымъ ему пособничествомъ, можетъ сохранить свою силу. Физическій пособникъ равнымъ образомъ освобождается отъ наказанія при условіи воспрепятствованія

имъ совершенію преступленія; если это ему не удалось, то его стараніе помѣшать преступленію можетъ вліять лишь на мѣру наказанія.

Пособничество (оставляя въ сторонѣ тѣ личныя качества пособника, которыя подлежатъ индивидуальной оцѣнкѣ) вообще должно подлежать меньшему наказанію, сравнительно съ виновничествомъ (умышленнымъ), являясь по отношенію къ послѣднему дѣятельностію подчиненною, совершаемою безъ желанія выполнить самое преступленіе. Положеніе это не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, чтобы пособникъ ни въ какомъ случаѣ не могъ подлежать такому же наказанію, какъ совершитель однороднаго преступленія въ другомъ случаѣ. Напр. легко можетъ случиться, что лицо, оказавшее весьма существенную помощь при совершеніи простой кражи, должно быть наказано строже, чѣмъ тотъ, кто самъ совершилъ какую либо другую простую кражу, но имѣетъ въ свою пользу основанія къ уменьшенію его наказанія. Тѣмъ не менѣе общее правило, въ силу котораго пособникъ къ преступленію долженъ подлежать болѣе мягкому наказанію сравнительно съ тѣмъ, которое бы должно было его постигнуть въ случаѣ, если бы онъ самъ совершилъ данное преступленіе—остается прочнымъ. Die Beihülfe ist ein Strafmilderungsgrund, welcher in dem allgemeinen Theil des Strafgesetzbuches als solcher bezeichnet werden muss. Ариѳметическая формула для этого смягчающаго наказаніе обстоятельства выражается обыкновенно такимъ образомъ, что максимумъ наказанія за пособничество составляетъ $^2/_3$ или $^3/_4$ максимума нормальнаго наказанія (der ordentlichen Thäterstrafe), а, минимумъ перваго равняется $^1/_2$ или $^1/_4$ минимума втораго. При этомъ обыкновенно наказуемость покушенія на преступленіе (т. е. покушенія виновника, ибо покушенія на соучастіе не существуетъ) равняется наказуемости пособничества къ оконченному преступленію, тогда какъ наказуемость пособничества къ покушенію опредѣляется вышеприведенною пропорціею между наказаніемъ виновника (совершившаго покушеніе) и наказаніемъ пособника. По мнѣнію автора, лучше всего опредѣлять максимумъ наказанія пособнику только отрицательно, въ томъ смыслѣ, что оно должно быть ниже максимума, который угрожаетъ виновнику, такъ какъ возможны случаи, гдѣ пособничество, въ виду объективныхъ и субъективныхъ основаній къ возвышенію наказанія, должно близко граничить съ наказуемостью виновничества и гдѣ, слѣдовательно, максимумъ въ $^2/_3$ и $^3/_4$ нормальнаго наказанія окажется недостаточнымъ.

III.

Glaser, Ueber Thäterschaft und Beihilfe (kleine Schriften über Strafrecht und Strafprocess, изд. 1883 г.).

Замѣчая, что наукѣ до сихъ поръ не удавалось установить признаки виновничества и пособничества настолько прочно, чтобы практика и законодательство имѣли возможность провести отчетливую грань между этими типами соучастія, авторъ съ своей стороны пытается построить такое разграниченіе на различіи психологическаго отношенія виновника и пособника къ преступному результату слѣдующимъ образомъ. На долю пособника выпадаетъ, по отношенію къ осуществленію преступленія (in Bezug auf die Existenzwerden des Verbrechens) только такъ называемое неопредѣленное намѣреніе, тогда какъ виновникомъ руководитъ дѣйствительное (какъ обыкновенно выражаются »опредѣленное«) намѣреніе; пособникъ дѣйствуетъ съ волею, допускающею возможность преступленія, виновникъ же съ волею, стремящеюся къ тому, чтобы преступленіе было дѣйствительно выполнено. Man begnügt sich beim Gehilfen mit einer Art von unbestimmtem Vorsatz, mit welcher man sich beim Thäter nicht begnügen darf. Такимъ образомъ пособникъ стоитъ въ такомъ отношеніи къ осуществленному преступленію, что не могъ бы, безъ прямаго карательнаго постановленія закона, направленнаго противъ пособничества или соучастія, вообще подлежать наказанію; въ примѣненіи къ нему это карательное постановленіе является, слѣдовательно, расширеніемъ уголовно-юридической отвѣтственности, расширеніемъ понятія преступленія за предѣлы его естественнаго объема. Только подъ условіемъ такого отношенія къ преступному результату, онъ имѣетъ право на принципіально меньшее наказаніе. Къ пособничеству приложима точка зрѣнія на покушеніе. Если бы законъ ограничился лишь опредѣленіемъ преступленія и установленіемъ наказанія за его совершеніе, то покушеніе должно бы оставаться ненаказуемымъ, ибо никакой судья не рѣшился бы признать виновнымъ въ совершеніи преступленія того, чья вина ограничивается только покушеніемъ на это преступленіе. То же слѣдуетъ сказать и о пособничествѣ. Есть дѣйствія, которыя были бы недостаточны для юридическаго обоснованія наказуемости дѣятеля и которыя вошли въ кругъ наказуемыхъ только въ силу общаго правила о наказуемости пособничества.

Подобно тому, какъ при покушеніи недостаетъ чего-либо въ объективномъ моментѣ состава дѣянія, при пособничествѣ неполнымъ является субъективный составъ дѣянія. Дѣятельность пособника заключается въ томъ, что онъ чѣмъ либо способствуетъ осуществленію преступленія, создаетъ одно изъ его условій; съ этой стороны онъ ничѣмъ не отличается отъ виновника, ибо послѣдній также дѣлаетъ не болѣе того и его дѣятельность почти никогда не воспроизводитъ преступленія одна, а почти всегда только благодаря ея связи съ другими, не созданными дѣятелемъ, факторами, но тѣмъ не менѣе, для признанія лица виновникомъ, вполнѣ достаточно того, чтобы онъ вызвалъ къ существованію одно изъ условій преступленія; его не извиняетъ то обстоятельство, что всѣ другія условія обязаны своимъ возникновеніемъ случаю или дѣятельности третьихъ лицъ; вопросъ всегда будетъ заключаться только въ томъ, было ли то единственное дѣяніе, чрезъ посредство котораго установилась связь между дѣятелемъ и возникновеніемъ преступленія, умышленнымъ, кульпознымъ или случайнымъ. Беря, для простоты, тѣ преступленія, для законнаго состава коихъ требуется наступленіе опредѣленнаго послѣдствія, мы можемъ считать дѣйствіе умышленнымъ, если: 1) дѣятель желаетъ наступленія послѣдствія и съ опредѣленностію ожидаетъ, что дѣйствіе, которое онъ думаетъ учинить, воспроизведетъ ожидаемое послѣдствіе; 2) онъ желаетъ, чтобы послѣдствіе наступило; побуждаемый этимъ желаніемъ (aus diesem Motiv), онъ предпринимаетъ извѣстное дѣйствіе, не взирая на то, что для него остается сомнительнымъ, приведетъ ли это дѣйствіе къ желаемому результату; 3) дѣятель опредѣленно ожидаетъ, что дѣйствіе, совершаемое имъ изъ побужденія, не имѣющаго никакого отношенія къ послѣдствію, воспроизведетъ это, для него безразличное, послѣдствіе. Но, по мнѣнію автора, дѣйствіе не будетъ умышленнымъ, если дѣятель предпринимаетъ его безъ опредѣленнаго ожиданія, что безразличное для него послѣдствіе произойдетъ изъ этого дѣйствія. Ближайшій анализъ дѣйствій, носящихъ несомнѣнный характеръ пособничества, убѣждаетъ въ томъ, что направленіе воли пособника, съ точки зрѣнія ея отношенія къ воспроизведенію преступленія, прямо подойдетъ подъ послѣднюю категорію дѣйствій неумышленныхъ. Тотъ, кто доставляетъ вору поддѣльный ключъ или изслѣдуетъ мѣсто, откуда можно влѣзть въ окно, кто снабжаетъ убійцу оружіемъ, приготовляетъ ядъ и т. п., всѣ эти лица учиняютъ такія дѣйствія, ко-

торыя, по своему объективному составу, вообще не могли бы влечь за собою для дѣятеля наказаніе (за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда законъ облагаетъ наказаніемъ самое приготовленіе); но во всякомъ случаѣ настроеніе воли пособника не таково, чтобы дѣяніе могло быть вмѣнено ему въ вину, какъ учиненное въ намѣреніи совершить преступленіе. Конечно пособникъ, рѣшаясь на учиненіе подобныхъ дѣйствій, имѣетъ основаніе предполагать, что преступленіе будетъ совершено; но до тѣхъ поръ, пока то, что онъ самъ совершаетъ, отдѣляется отъ дѣйствительнаго выполненія преступленія значительнымъ разстояніемъ, пока онъ сознаетъ, что выполненіе зависитъ отъ рѣшимости третьяго лица, рѣшимости, которая, быть можетъ, еще не созрѣла и измѣненіе которой во всякомъ случаѣ зависитъ отъ усмотрѣнія главнаго дѣятеля (von dem Belieben der Hauptperson) мы должны утверждать, что пособникъ учиняетъ свои дѣйствія безъ опредѣленнаго ожиданія, что послѣдствіе наступитъ. Если это послѣдствіе для него безразлично, если онъ не имѣетъ никакого мотива желать его наступленія, если конечныя цѣли, къ которымъ онъ стремился, совершая свое дѣйствіе, могутъ быть достигнуты и помимо наступленія послѣдствія, въ такомъ случаѣ то положеніе, что при учиненіи имъ такого дѣянія, намѣреніе его было направлено на осуществленіе преступнаго послѣдствія, становится явно несостоятельнымъ. Но разъ это установлено, нельзя болѣе сказать, что то, что лежитъ на его отвѣтственности, составляетъ преступленіе; онъ можетъ сдѣлаться отвѣтственнымъ за это дѣяніе, только въ силу спеціальнаго постановленія закона, прямо распространяющаго наказуемость и на него. Такое положеніе является съ характеромъ исключительнаго постановленія, ибо имъ отмѣняются во вредъ пособнику тѣ условія наказуемости, которыя служатъ въ пользу дѣятеля. Пока пособничество остается въ этихъ границахъ, оно дѣйствительно является преступленіемъ существенно менѣе важнымъ, чѣмъ то преступленіе, къ которому оно относится, и назначеніе за него одинаковаго наказанія было бы несомнѣнною несправедливостью.

Напротивъ того, какъ скоро указанная граница перейдена (если можно констатировать что въ моментѣ воли пособника произошла такая модификація, что направленіе его воли специфически не отличалось отъ направленія воли виновника), нельзя уже усмотрѣть никакого существеннаго различія между мнимымъ пособникомъ и виновникомъ, и, разъ признано, что преступленіе является дѣломъ

нѣсколькихъ лицъ, они должны подлежать нормальному наказанію, какъ совиновники. Такъ если дѣятельность мнимаго пособника настолько приблизилась къ преступной дѣятельности другихъ участниковъ, что онъ могъ убѣдиться въ томъ, что преступленіе будетъ дѣйствительно совершено, или, когда, положимъ, оказывается, что осуществленіе преступленія отнюдь не было для него безразлично, что онъ напротивъ опредѣлился къ дѣйствію именно желаніемъ, чтобы преступленіе было совершено, то мы имѣемъ передъ собою сови иовника, а не пособника. Напр. во время драки, происшедшей между А и В, въ тотъ моментъ, когда В готовъ уже просить пощады, вслѣдствіе чего ярость его противъ В еще болѣе возрастаетъ, С подаетъ ему ножъ, которымъ онъ наноситъ рану противнику. На какомъ основаніи, спрашиваетъ авторъ, можно считать С менѣе виновнымъ въ нанесеніи раны, чѣмъ В? Разбойники пытаются проникнуть въ помѣщеніе, причемъ тщетно силятся отомкнуть двери и оконныя рамы; слуга, по злобѣ на своихъ хозяевъ, отворяетъ двери; очевидно, замѣчаетъ Glaser, что онъ не менѣе разбойниковъ желалъ совершенія грабежа. Сюда же относятся тѣ случаи убійства, въ которыхъ смертельная рана была нанесена только однимъ лицомъ, а другіе содѣйствовали совершенію дѣянія тѣмъ, что дѣлали невозможнымъ всякое сопротивленіе со стороны жертвы. Любовница, которая держала руки отца своего любовника, пока послѣдній перерѣзывалъ ему горло, заслуживаетъ конечно нормальнаго наказанія за убійство, сколько бы ни спорили о томъ, виновница она или пособница. Всѣ эти случаи характеризуются именно тѣмъ, что здѣсь остающійся на второмъ планѣ дѣятель принимаетъ участіе въ совершеніи дѣянія въ опредѣленномъ ожиданіи, что преступленіе будетъ совершено. Въ наличности опредѣленнаго намѣренія у такого лица такъ же мало можно сомнѣваться, какъ и въ умыслѣ на убійство со стороны того, кто поджигаетъ домъ, зная, что запертый въ немъ человѣкъ не будетъ имѣть возможности выскочить. Возможно, что для такого субъекта совершеніе преступленія представляется безразличнымъ, что онъ хочетъ только, чтобы главный дѣятель остался имъ доволенъ, или ожидаетъ отъ него платы и т. п., но онъ желалъ, чтобы преступленіе осуществилось, онъ сдѣлалъ то, что безъ такого хотѣнія онъ бы долженъ былъ не дѣлать, а засимъ отсутствіе непосредственнаго интереса въ наступленіи преступнаго результата его дѣятельности, отсутствіе нормальнаго мо-

тива скорѣе способно возвышать, а не смягчать его наказуемость.

Съ другой стороны, если въ приведенномъ примѣрѣ тотъ, кто поджигаетъ домъ, только предполагаетъ, что его врагъ тамъ находится, если онъ только считаетъ возможнымъ, что этотъ послѣдній сгоритъ вмѣстѣ съ домомъ, не разсчитывая однако на это съ опредѣленностію, то онъ не можетъ подлежать наказанію въ качествѣ умышленнаго убійцы (по крайней мѣрѣ тамъ, гдѣ законъ положительнымъ предписаніемъ не приравниваетъ высшую степень culpae, подъ именемъ неопредѣленнаго намѣренія, къ dolus), развѣ бы имѣлись указанія на то, что смерть находившагося въ домѣ лица не была для виновнаго только безразличнымъ обстоятельствомъ, но что именно желаніе причинить смерть послужило мотивомъ или однимъ изъ мотивовъ совершенія поджога. На томъ же основаніи долженъ быть обсуждаемъ и тотъ, кто совершаетъ дѣйствія, имѣющія, съ объективной точки зрѣнія, только характеръ пособничества, но при этомъ отнюдь не безразлично относится къ тому, осуществится ли преступленіе, а напротивъ потому и дѣйствуетъ, что для него самого совершеніе преступленія является желательнымъ. Важнѣйшимъ средствомъ для констатированія этого душевнаго состоянія остается конечно указаніе на наличность самостоятельнаго интереса (для дѣятеля) въ преступленіи, точно также, какъ вообще доказательство умысла въ большинствѣ случаевъ зависитъ отъ указанія того мотива, которымъ руководился дѣятель. Такъ напр. сынъ, который отворяетъ дверь убійцѣ своего отца, изъ желанія скорѣе получить наслѣдство, очевидно желаетъ, чтобы преступленіе было совершено и дѣйствовалъ съ такимъ желаніемъ. Тотъ, кто приготовляетъ ядъ и передаетъ его другому, заручившись его обѣщаніемъ, что отравленіе будетъ совершено, подходитъ сюда же, но этотъ случай, съ другой стороны существенно разнится отъ того, когда субъектъ доставляетъ другому ядъ за извѣстное вознагражденіе и при этомъ вполнѣ предоставляетъ на волю этого лица, совершить или не совершить преступленіе. О томъ, кто снабжаетъ другаго лѣстницею, чтобы дать ему возможность совершить кражу, еще нельзя сказать, что онъ хотѣлъ совершенія кражи; но невозможно отрицать наличность такого хотѣнія у того, кто за эту услугу выговариваетъ себѣ долю при дѣлежѣ краденнаго.

Только въ одномъ случаѣ предлагаемый способъ разграниченія дѣятельности пособника и виновника могъ бы привести къ тех-

нически невѣрнымъ результатамъ, а именно, когда, въ силу особенности объективнаго или субъективнаго состава преступленія, распредѣленіе виновнической дѣятельности между лицомъ, выполняющимъ законный составъ преступленія, и другими участниками, т. е. самое виновничество, оказывается невозможнымъ. Это имѣетъ мѣсто: 1) тамъ, гдѣ существенный элементъ состава преступленія заключается въ дѣйствіи, которое, по самой природѣ своей, недѣлимо, которое специфически различается отъ актовъ, подготовляющихъ дѣяніе, дѣлающихъ его возможнымъ (двоеженство, прелюбодѣяніе, изнасилованіе, кровосмѣшеніе, дуэль); 2) при преступленіяхъ, для состава которыхъ требуется опредѣленное личное отношеніе дѣятеля (преступленія по должности, дѣтоубійство, банкротство); 3) при такихъ, субъективный составъ коихъ зависитъ отъ взаимнаго соотношенія между извѣстной конечной цѣлью и индивидуальнымъ свойствомъ виновнаго (напр. увозъ, гдѣ существенное вліяніе на свойство дѣянія оказываетъ не только мотивъ, но также и то, преслѣдуетъ ли самъ увозящій половыя цѣли, или желаетъ только помочь другому въ достиженіи таковыхъ.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ лица, принимающія участіе въ преступленіи съ желаніемъ, чтобы оно было учинено, могутъ подлежать наказанію, только какъ пособники, потому что въ личности ихъ не совмѣщаются всѣ, требуемыя закономъ, условія виновничества (nicht alle gesetzliche Requisite der Thäterschaft), но затѣмъ отсюда конечно не слѣдуетъ, чтобы они не заслуживали нормальнаго наказанія.

Въ результатѣ, такое разграниченіе пособничества отъ виновничества, должно, по мнѣнію автора, привести къ ограниченію понятія пособничества тѣми случаями, которые, по самой природѣ ихъ, безусловно имѣютъ право на болѣе снисходительное къ нимъ отношеніе. Напротивъ того понятіе совиновничества должно быть настолько расширено, чтобы охватывать собою всѣ тѣ случаи которые обыкновенно признаются пособничествомъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ облагаются нормальнымъ наказаніемъ, при чемъ это достигается лишь окольнымъ путемъ (путемъ исключительныхъ постановленій или распространеніемъ на эти случаи пособничества понятія заговора и т. п.).

IV.

Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, изд. 1881 г. стр. 374 и слѣд.

Пособникомъ, по опредѣленію автора, является тотъ, кто намѣренно оказываетъ помощь виновнику при умышленномъ выполненіи послѣднимъ преступнаго дѣянія. Такъ какъ дѣятельность пособника необходимо находится въ причинной связи съ послѣдствіемъ преступленія, учиненнаго виновникомъ, то онъ, такъ же какъ и послѣдній, подлежитъ отвѣтственности за все то, что произошло при его сознательномъ содѣйствіи. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы отвѣтственность обоихъ была одинаковою, ибо хотя причинная связь и составляетъ предположеніе отвѣтственности, но не ею одною опредѣляется мѣра этой отвѣтственности. Въ какомъ объемѣ вмѣнимо дѣятелю въ умыселъ послѣдствіе дѣянія, зависитъ отъ того, что именно онъ умыслилъ, такъ что все то, что онъ исключилъ изъ своего намѣренія, остается внѣ области вмѣненія.

Пособникъ не имѣетъ намѣренія совершить преступленіе, изъемлетъ совершеніе его изъ своей воли. Когда говорятъ, что и воля пособника направлена къ тому, чтобы послѣдствіе осуществилось, то это хотя и справедливо, но совершенно недостаточно для характеристики намѣренія пособника. Воля того, кто, видя, какъ развивается вредное послѣдствіе и имѣя возможность его предотвратить, не препятствуетъ его осуществленію именно потому, что это соотвѣтствуетъ его интересамъ,— также является направленною на воспроизведеніе послѣдствія, однако онъ никакимъ образомъ не можетъ подлежать уголовно-юридической отвѣтственности за наступленіе этого послѣдствія. Не намѣреваясь самъ учинить преступленіе, пособникъ равнымъ образомъ не умышляетъ, чтобы преступленіе было совершено виновникомъ. Wer mit der Vorstellung thätig ist durch sein Thun einen gewissen Erfolg nicht verursachen zu können oder doch ihn nicht verursachen zu wollen, der kann zwar hoffen und wünschen, dass dieser Erfolg in irgend welcher Weise verwirklicht werde, aber es kann nicht die Rede davon sein, dass er ihn beabsichtigte, denn beabsichtigen kann man nur was man durch eigene Thätigkeit zu verwirklichen vermag und zu verwirklichen entschlossen ist. Нельзя даже сказать, чтобы для направленія воли пособника было

существенно желать совершенія преступленія виновникомъ. Возможно, что пособникъ желаетъ учиненія преступленія, такъ какъ съ наступленіемъ преступнаго послѣдствія для него связано удовлетвореніе интереса, который побудилъ его дѣйствовать, но столь же возможно и то, что онъ не желаетъ учиненія преступленія, что онъ скорѣе предпочелъ бы освободиться отъ роли пособника, которую онъ, быть можетъ, исполняетъ только въ силу дружескихъ отношеній, не считая себя въ правѣ отказать въ требуемой отъ него услугѣ. Сознаніе и воля пособника, въ ихъ отношеніи къ преступленію виновника, характеризуются, съ отрицательной стороны, тѣмъ, что онъ ни въ какомъ случаѣ не умышляетъ преступленія; съ положительной—тѣмъ, что онъ знаетъ объ умыслѣ виновника совершить преступленіе и ожидаетъ выполненія таковаго. Sein Wille steht zur Verübung des Verbrechens nur in dem Verhältnisse, dass er sie zulässt, sie nicht verhindert, sie nicht will.

Пособникъ предпринимаетъ свою дѣятельность съ сознаніемъ, что посредствомъ ея онъ создаетъ одно изъ условій наступленія того послѣдствія, которое умышлено виновникомъ, и съ волею, намѣреніемъ, чтобы его дѣйствія способствовали при учиненіи преступленія виновникомъ. Исключая изъ своего намѣренія совершеніе преступленія и желая только помогать при его выполненіи, пособникъ ставитъ себя и свое намѣреніе въ зависимость отъ виновника, которому онъ предоставляетъ совершить преступленіе въ силу его собственной, свободной рѣшимости. Если же интересъ, который для него заключается въ выполненіи преступнаго дѣянія, настолько значителенъ, что онъ не желаетъ допустить, чтобы совершеніе дѣянія зависѣло отъ воли виновнаго, тогда ему остается освободиться изъ этого подчиненнаго отношенія и вложить преступленіе въ свое намѣреніе, съ цѣлью или совершить его самому или подстрекнуть другаго къ его совершенію. Но тѣмъ самымъ онъ уже перестаетъ быть пособникомъ и становится виновникомъ или подстрекателемъ. Существенное различіе въ направленіи воли виновника и пособника заключается такимъ образомъ исключительно въ томъ, что желается, умышляется, а не въ томъ, что намѣреніе виновника самостоятельно и онъ желаетъ преступленія, какъ своего собственнаго дѣянія (die That als die seinige will), тогда какъ пособникъ, не имѣя самостоятельнаго, собственнаго намѣренія, служитъ только чуждому для него намѣренію виновника (Wächter, Bauer, Köstlin, Berner, Zachariä, Breidenbach, Leonhardt, Langen-

beck, Dollmann, Rüdorff, Schwarze, Oppenhoff). Такое разграниченіе несостоятельно съ одной стороны потому, что никто не дѣйствуетъ иначе, какъ осуществляя собственное намѣреніе, а съ другой потому, что не одинъ только пособникъ, а всякій соучастникъ въ воспроизведеніи извѣстнаго результата, въ томъ числѣ и виновникъ, долженъ, въ своей дѣятельности, опредѣляться также и намѣреніемъ другихъ, такъ какъ онъ вынужденъ направить свою дѣятельность такъ, чтобы она способна была восполнить собою дѣятельность другихъ, въ видахъ осуществленія послѣдствія. Критеріемъ для разграниченія не можетъ далѣе служить то соображеніе, что виновникъ дѣйствуетъ съ опредѣленнымъ умысломъ, а пособникъ съ умысломъ неопредѣленнаго характера (mit einer Art von unbestimmtem Vorsatze), именно, что онъ дѣйствуетъ безъ опредѣленнаго ожиданія, что изъ его дѣйствія произойдетъ послѣдствіе, которое для него безразлично (Glaser). Здѣсь остается непонятнымъ, почему въ понятіи пособничества должно заключаться предположеніе, что послѣдствіе для пособника безразлично, и почему онъ, вслѣдствіе того только, что желаетъ и ожидаетъ послѣдствія, долженъ перестать быть пособникомъ, тогда какъ виновникъ остается таковымъ и при томъ условіи, что наступленіе послѣдствія дѣянія представляется ему безразличнымъ или сомнительнымъ. Неправильно равнымъ образомъ видѣть различіе въ волеопредѣленіи виновника и пособника въ различіи ихъ матеріальнаго намѣренія, мотива, цѣли (Kleinschrod, Klein, Hepp, Buri). Согласно этому воззрѣнію, виновникомъ является тотъ, кто своею дѣятельностію преслѣдуетъ собственную цѣль, а пособникомъ такой соучастникъ, который видитъ свою цѣль только въ томъ, чтобы содѣйствовать виновнику въ достиженіи его цѣли. Но ни одинъ человѣкъ не можетъ дѣйствовать безъ мотива и не преслѣдуя собственной цѣли; къ собственной цѣли, къ удовлетворенію собственнаго интереса стремится какъ тотъ, кто въ своихъ дѣйствіяхъ руководится мотивомъ самаго низкаго эгоизма, такъ и тотъ, кто поступаетъ совершенно безкорыстно, жертвуя собою для блага другихъ людей. Разумѣется, то, что человѣкъ не можетъ дѣйствовать иначе, какъ стремясь при этомъ къ достиженію собственныхъ цѣлей, не исключаетъ возможности служить вмѣстѣ съ тѣмъ, сознательно и намѣренно, цѣлямъ другаго лица, но вмѣстѣ съ тѣмъ очевидно, что невозможно на этомъ признакѣ конструировать различіе между дѣйствіями, предпринятыми только въ собственномъ интересѣ, и таки-

ми, которыя учинены исключительно въ чужихъ видахъ. Умышленное совмѣстное дѣйствованіе нѣсколькихъ лицъ невозможно иначе, какъ при условіи, что каждый участникъ, дѣйствуя въ своихъ интересахъ, способствуетъ вмѣстѣ съ тѣмъ интересамъ другихъ участниковъ, такъ что въ этомъ отношеніи между соучастниками нѣтъ существенной разницы.

Различіе въ свойствѣ намѣренія пособника и виновника неизбѣжно должно выразиться и въ различіи характера ихъ дѣйствій. Ближайшее опредѣленіе дѣятельности виновника названіемъ „главное дѣйствіе“ (Haupthandlung), а дѣятельности пособника названіемъ „побочное дѣйствіе“ даетъ поводъ предполагать, что это различіе можетъ быть опредѣлено чисто объективно. Но такое объективное разграниченіе было-бы возможно лишь въ томъ случаѣ (чего на самомъ дѣлѣ нѣтъ), если бы дѣйствія виновника и пособника, съ точки зрѣнія ихъ причиннаго отношенія къ послѣдствію, представлялись съ существенно различнымъ значеніемъ; болѣе правильно поэтому различать дѣйствія совершенія и вспомогательныя дѣйствія (Begehungs und Unterstützungshandlungen), ибо такимъ обозначеніемъ указывается и на различіе въ намѣреніи виновника и пособника. Вопросъ о томъ, какого рода дѣятельность характеризуетъ виновника и пособника, можетъ быть разрѣшенъ только такимъ образомъ, что дѣятельность виновника должна заключать въ себѣ всѣ требуемые для законнаго состава преступленія моменты, соотвѣтственно его намѣренію совершить преступленіе; напротивъ, въ дѣятельности пособника должны отсутствовать моменты, обусловливающіе наличность состава преступнаго дѣянія, соотвѣтственно его намѣренію только помогать учиненію преступленія, а не совершать таковаго. Съ другой стороны невозможно указать на какой-либо конкретный видъ дѣятельности, способный охарактеризовать дѣятеля, какъ виновника или какъ пособника, ибо не родъ дѣятельности, взятый самъ по себѣ, а лишь въ соединеніи съ тѣмъ, что было умышлено и что вмѣнимо дѣятелю въ качествѣ умышленно имъ причиненнаго, можетъ рѣшить вопросъ, должно - ли считать его виновникомъ или пособникомъ; одинъ и тотъ же родъ дѣятельности придаетъ лицу въ одномъ случаѣ характеръ виновника—въ другомъ характеръ пособника. Отсюда однако не вытекаетъ, чтобы различіе между виновничествомъ и пособничествомъ опредѣлялось только субъективнымъ моментомъ, и что объективный моментъ, свойство дѣйствія, является въ

этомъ отношеніи безразличнымъ; различіе въ свойствѣ намѣренія необходимо должно имѣть своимъ слѣдствіемъ и различіе между дѣйствіями, подлежащими вмѣненію въ качествѣ умышленныхъ.

Различная юридическая виновность пособника и виновника никоимъ образомъ не зависитъ отъ того, что будто бы дѣятельность виновника и дѣятельность пособника имѣютъ неодинаковое значеніе для наступленія послѣдствія. Отвѣтственность какъ того, такъ и другаго основывается на томъ, что они умышленно содѣйствовали воспроизведенію послѣдствія, что дѣятельность каждаго изъ нихъ находится съ нимъ въ причинной связи. Съ другой стороны ни дѣятельность пособника, ни дѣятельность виновника не могутъ быть названы причиною послѣдствія, ибо этою причиною будетъ только дѣятельность ихъ обоихъ въ связи со всѣми дальнѣйшими условіями наступленія послѣдствія. Составляя необходимое условіе наступившаго послѣдствія, дѣятельность ихъ обоихъ является въ этомъ смыслѣ равноцѣнною (hat die Thätigkeit beider fur den eingetretenen Erfolg den gleichen Werth), и если, при сравненіи итоговъ дѣятельности того и другаго, можетъ оказаться нѣкоторая количественная разница, то она совершенно несущественна и лишена всякаго значенія для разграниченія дѣйствія совершенія отъ дѣйствія вспомогательнаго (Begehungs - und Untertutznnashandlung), ибо въ конкретномъ случаѣ дѣятельность пособника легко можетъ быть большаго объема, сравнительно съ дѣятельностію виновника, не утрачивая чрезъ это своего вспомогательнаго характера. Одинаковое значеніе дѣятельности виновника и пособника для наступленія послѣдствія не исключаетъ того, что въ виду различнаго волеопредѣленія того и другаго, результатъ совмѣстной дѣятельности обоихъ долженъ быть вмѣненъ въ умыселъ виновнику въ большемъ объемѣ, чѣмъ пособнику, и что вслѣдствіе того юридическое значеніе (der rechtliche Werth) дѣятельности обоихъ является различнымъ. Учиненіе преступленія вмѣнимо за dolus виновнику, а не пособнику, на отвѣтственности котораго лежитъ только вспомогательная, способствующая совершенію преступленія дѣятельность, а если соотношеніе нравственной вины виновника и пособника можетъ быть опредѣлено только въ конкретномъ случаѣ, если нельзя a priori утверждать, что дѣятельность виновника въ каждомъ случаѣ обширнѣе дѣятельности пособника, то съ другой стороны не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что юридическая вина непосредственнаго исполнителя, какъ таковая, превосходитъ вину

пособника, что оказаніе помощи при совершеніи преступленія представляется, по своему юридическому значенію, дѣятельностью подчиненною, менѣе важною, нарушающею право въ болѣе ограниченномъ объемѣ. Къ тому же, хотя пособникъ подлежитъ отвѣтственности за свое дѣйствіе, какъ за проистекшее изъ его собственной. свободной рѣшимости, все-таки онъ всегда является вовлеченнымъ въ преступленіе, благодаря виновнику. Въ большинствѣ случаевъ виновникъ вмѣстѣ съ тѣмъ оказывается и подстрекателемъ пособника, а гдѣ этого нѣтъ, тамъ во всякомъ случаѣ пособникъ побуждается къ дѣйствію тѣмъ, что узнаетъ о намѣреніи виновника. При томъ условіи, что дѣятельность пособника только вспомогательная, для понятія пособничества совершенно безразлично, въ какой формѣ она выражается; въ особенности никакъ нельзя устанавливать различіе въ степени виновности пособника, въ зависимости отъ различія въ родѣ вспомогательной дѣятельности. На этомъ основаны старыя схоластическія дѣленія пособничества, встрѣчающіяся въ уголовныхъ кодексахъ: Баварскомъ 1813 г., Вюртембергскомъ, Брауншвейгскомъ, Ганноверскомъ. Германское уложеніе, освободивъ опредѣленіе пособничества отъ казуистическаго перечисленія видовъ вспомогательной дѣятельности, упоминаетъ однако о пособничествѣ совѣтомъ или дѣломъ (durch Rath oder That), въ соотвѣтствіе съ существующимъ въ доктринѣ дѣленіемъ пособничества на т. наз. интеллектуальное, психическое и физическое. Первое состоитъ въ психическомъ воздѣйствіи на совершителя съ тою ли цѣлью, чтобы упрочить и укрѣпить его преступную рѣшимость (таковъ случай, когда виновнику гарантируется благопріятствованіе по совершенію преступленія), или съ цѣлью содѣйствовать ему дачею совѣта касательно выполненія дѣянія. Подъ физическимъ же пособничествомъ разумѣется всякое вспоможеніе, оказываемое посредствомъ физическихъ силъ. Рѣзкое отграниченіе. этихъ обоихъ видовъ вспомогательной дѣятельности потому невозможно, что каждое обѣщаніе или обезпеченіе физическаго пособничества будетъ имѣть вмѣстѣ съ тѣмъ и психическое, укрѣпляющее совершителя въ его намѣреніи, вліяніе. Отъ пособничества, непосредственно оказываемаго совершителю, можно отличать, въ качествѣ посредственнаго, такое, которое ближайшимъ образомъ оказывается не ему, а пособнику. При этомъ предполагается не только, что такое вспоможеніе находится въ причинной связи съ дѣйствіемъ совершителя, но также, что оно обѣщается съ созна-

ніемъ и намѣреніемъ оказать поддержку пособнику въ его вспомогательной дѣятельности при совершеніи преступленія. При этомъ условіи посредственное пособничество является помощью, оказываемою совершителю, какъ и тогда, если она оказывается ему непосредственно. О такой помощи, которая оказывается не совершителю, а одному пособнику, могла бы быть рѣчь въ томъ только случаѣ, если бы дѣйствующему осталось неизвѣстнымъ, что то дѣйствіе, которому онъ помогаетъ (welche er helfend unterstützt), должно въ свою очередь способствовать преступленію третьяго лица. Въ этомъ случаѣ все зависитъ отъ свойства того дѣянія пособника, которому оказывается помощь: является ли оно, само по себѣ, ненаказуемымъ, а тогда конечно и дѣйствіе, ему способствующее, также ненаказуемо, или же оно само по себѣ наказуемо и тогда оно будетъ, съ одной стороны, пособничествомъ къ преступленію виновника, а съ другой—самостоятельнымъ преступленіемъ, которому помогаетъ третье лицо. Въ частности пособничествомъ посредственнымъ является подстрекательство пособника, въ пользу виновника, исходящее отъ третьяго лица. Далѣе, пособничество можетъ быть оказываемо посредствомъ упущенія; но какъ пособничество требуетъ такой дѣятельности, которая находится въ причинной связи съ преступленіемъ виновника, то невоспрепятствованіе преступленію (die unterlassene Verhinderung eines Delictes), недонесеніе о предстоящемъ преступленіи никогда не могутъ, сами по себѣ, явиться пособничествомъ къ невоспрепятствованному преступленію, ибо одно лишь пассивное поведеніе никогда не можетъ быть причиненіемъ чего-либо. Упущеніе можетъ слѣдовательно, получить значеніе наказуемаго пособничества только при тѣхъ условіяхъ, когда оно вообще способно явиться причиненіемъ. Различеніе пособничества существеннаго и несущественнаго (принятое прусскимъ кодексомъ, но отброшенное германскимъ уложеніемъ) основывается на мнимомъ различіи въ причинномъ отношеніи дѣятельности пособника къ преступленію виновника, причемъ, въ отличіе отъ несущественной, излишней дѣятельности побочнаго пособника (Nebengehilfe), въ качествѣ главнаго пособника разсматривается тотъ, безъ чьей помощи дѣяніе не могло бы быть учинено; почему такое разграниченіе не выдерживаетъ критики, ясно изъ предъидущаго.

И по отношенію къ пособничеству необходимо различать совершеніе отъ покушенія. Намѣреніе пособника заключается въ томъ,

чтобы помочь виновнику въ совершеніи умышленнаго имъ преступленія. Такимъ образомъ то, что входило въ намѣреніе пособника, является выполненнымъ, какъ скоро его дѣятельность способствовала совершенію преступленія (sofern seine Thätigkeit bei dem vom Thäter verübten vollendeten Delicte mitgewirkt hat); если же его дѣятельность не возъимѣла преднамѣреннаго имъ послѣдствія, т. е. не помогла виновнику, то существуетъ только покушеніе на пособничество; послѣднее будетъ имѣть мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда совершитель оказывается виновнымъ только въ покушеніи на умышленное преступленіе. Ничто не мѣшаетъ назвать подобный случай пособничествомъ къ покушенію, но не слѣдуетъ при этомъ забывать, что пособничество къ покушенію есть въ тоже время покушеніе на пособничество. То обстоятельство, что здѣсь дѣятельность пособника содѣйствовала учиненію виновникомъ наказуемаго дѣянія, что помощь была дѣйствительно оказана, еще недостаточно для признанія въ этомъ случаѣ пособничества оконченнымъ, такъ какъ для разграниченія оконченнаго пособничества отъ покушенія не имѣетъ значенія ни вопросъ о томъ, оказало ли уже оно содѣйствіе наказуемому дѣянію, или нѣтъ (ob bereits Mitwirkung zu einer strafbaren Handlung stattgefunden hat oder noch nicht), ни вопросъ о томъ, окончилъ ли пособникъ или нѣтъ умышленную имъ вспомогательную дѣятельность, а лишь принципіальный въ понятіи покушенія вопросъ о томъ: осуществилось ли умышленное пособникомъ вполнѣ, или невполнѣ. Beihilfe zum Versuche ist versuchte Beihilfe eben deshalb, weil, was geschehen ist, hinter der Absicht des Gehilfen bei einem zu vollendenden Delicte helfend mitzuwirken zurückbleibt.

Покушеніе на пособничество можетъ, далѣе, имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда лицо дѣйствовало въ намѣреніи помочь совершителю, но дѣятельность его не оказала содѣйствія (seine Thätigkeit aber eine Mitwirkung nicht ausübte). Впрочемъ покушеніе на пособничество не безусловно можетъ быть признано во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ пособникъ не вполнѣ окончилъ все то, что онъ предполагалъ сдѣлать, или когда то содѣйствіе, которое отъ него ожидалось, не осуществилось. Не надо забывать, что обѣщанное виновнику, но не оказанное физическое пособничество могло оказать содѣйствіе, какъ пособничество психическое. Доставленіе орудія, которое однако не было употреблено виновникомъ въ дѣло, слѣдуетъ разсматривать какъ оконченное пособничество, если ви-

новникъ взялъ его съ собою въ томъ убѣжденіи, что оно ему понадобится, и приступилъ къ совершенію дѣянія, полагаясь на имѣющееся при немъ орудіе, но при учиненіи дѣянія не было повода имъ воспользоваться. Напротивъ пособничество будетъ только покушеніемъ, если виновникъ отказался отъ пользованія доставленнымъ ему орудіемъ вслѣдствіе того, что сознаетъ его ненадобность (Unbrauchbarkeit). Не будетъ наказуемаго покушенія на пособничество, если лицо, въ намѣреніи помочь при учиненіи преступленія, выполнило соотвѣтственную дѣятельность, но содѣйствіе преступленію потому не имѣло мѣста, что виновникъ, захваченный въ моментъ приготовительныхъ дѣйствій, не успѣлъ ни совершить преступленія, ни даже покуситься на таковое. Основаніе, почему въ этомъ случаѣ нѣтъ покушенія на пособничество, заключается не въ томъ, что здѣсь недостаетъ причинной связи между дѣйствіями пособника и наказуемымъ дѣйствіемъ другаго лица, ибо отсутствіемъ такой связи не исключается возможность наказуемаго покушенія на пособничество, а въ томъ, что пока виновникомъ не совершено ни оконченнаго преступленія, ни покушенія, дѣятельность пособника никогда не способна сдѣлать его намѣреніе способствовать совершенію преступленія распознаваемымъ (zu erkennbarer Darstellung zu bringen).

Побочный характеръ пособничества выражается также и въ томъ, что дѣяніе пособника, оставаясь въ существѣ тѣмъ же самымъ (ohne damit an sich eine Aenderung zu erfahren) нуждается въ восполненіи его наказуемымъ дѣяніемъ виновника, чтобы отношеніе его къ намѣренію пособника сдѣлалось распознаваемымъ и, слѣдовательно, чтобы перейти изъ стадіи приготовленія въ стадію покушенія. Иное дѣло, если дѣяніе, которому содѣйствуетъ пособникъ, ненаказуемо по той причинѣ, что виновникъ оказывается неспособнымъ ко вмѣненію, что не было извѣстно пособнику; въ такомъ случаѣ существуетъ наказуемое покушеніе на пособничество. Засимъ понятно, что отступленіе пособника отъ покушенія на пособничество должно быть обсуждаемо по общимъ началамъ ученія о покушеніи. Отступленіе отъ покушенія на пособничество предполагаетъ, что пособникъ дѣлаетъ свою уже выполненную дѣятельность недѣйствительною, препятствуя тому, чтобы она оказала содѣйствіе наказуемому дѣянію виновника. Для этого конечно не всегда достаточно, чтобы пособникъ какимъ либо образомъ заявилъ объ измѣненіи имъ своего намѣренія (irgendwie kundgegebene und

bethätigte Sinnesänderung), напр. объявленіемъ о томъ виновнику или донесеніемъ подлежащей власти; только въ конкретномъ случаѣ можно рѣшить, дѣйствительно ли пособникъ отнялъ у своей дѣятельности всякое содѣйствующее вліяніе на наказуемое дѣйствіе виновника. Въ частности пособничество, заключающееся въ дачѣ совѣта, можетъ сдѣлаться недѣйствительнымъ только тѣмъ, что пособникъ препятствуетъ виновнику осуществить дѣяніе. Если пособничество уже оказало содѣйствіе наказуемому покушенію виновника, то пособникъ не освобождается отъ наказанія вслѣдствіе того, что виновникъ отступилъ отъ покушенія.

Такъ какъ дѣйствіе пособника получаетъ свое уголовно-юридическое значеніе только чрезъ отношеніе его къ тому преступленію, способствовать учиненію котораго онъ намѣревается, то къ нему долженъ имѣть примѣненіе тотъ же законъ, на основаніи котораго должно быть опредѣлено наказаніе виновнику. Но въ виду того, что пособничество составляетъ низшую степень преступности, чѣмъ виновничество, оно должно быть облагаемо меньшимъ наказаніемъ. Основаніе меньшей наказуемости пособника заключается прежде всего въ объективномъ моментѣ, въ томъ, что дѣйствіе его хотя и способствуетъ преступленію виновника, но во всякомъ случаѣ не заключается въ совершеніи таковаго, а потому ближайшее опредѣленіе степени виновности пособника въ конкретномъ случаѣ должно зависѣть отъ большаго или меньшаго размѣра оказанннаго имъ содѣйствія. Съ другой стороны, такъ какъ вина пособника является сравнительно меньшею и потому еще, что онъ вовлеченъ въ преступленіе виновникомъ, то при опредѣленіи ему наказанія должна быть принята во вниманіе большая или меньшая сила обольщенія, которому онъ подвергся во всякомъ случаѣ различіе между виною пособника и виновника только количественное, а не качественное.

Если виновникъ совершаетъ эксцессъ, въ томъ смыслѣ, что онъ хотя и совершилъ то преступленіе, которому пособникъ помогалъ сознательно, но, безъ вѣдома пособника, въ такой формѣ, въ которой оно влечетъ болѣе строгое наказаніе, или рядомъ съ этимъ преступленіемъ учинилъ еще качественно иное болѣе тяжкое или болѣе легкое преступное дѣяніе, то пособникъ является виновнымъ въ оконченномъ пособничествѣ къ первому преступленію. Если, напротивъ, виновникъ вообще не совершилъ того преступленія, помочь которому думалъ пособникъ, а какое-

либо другое, въ такомъ случаѣ то обстоятельство, что пособникъ дѣйствительно выполнилъ ту дѣятельность, которою онъ предполагалъ оказать содѣйствіе, недостаточно, чтобы признать его виновнымъ въ пособничествѣ къ тому преступленію, которое вовсе не было учинено, ибо пособничество, также какъ и преступленіе виновника, является оконченнымъ не съ окончаніемъ предположенной дѣятельности, но съ наступленіемъ преднамѣреннаго результата, слѣдовательно, по отношенію къ пособнику тогда, когда его дѣятельность, согласно его намѣренію, оказала содѣйствіе наказуемому дѣянію виновника. Онъ является виновнымъ только въ покушеніи на пособничество къ тому преступленію, помочь которому онъ разсчитывалъ, а нормою его наказуемости служитъ то наказаніе, которое понесъ бы дѣятель, виновный въ покушеніи на это преступленіе. Засимъ понятно, что въ случаѣ эксцесса со стороны пособника, послѣдній долженъ быть наказанъ за все то, чѣмъ онъ превысилъ свое намѣреніе только помогать учиненію дѣянія,—не какъ пособникъ, а какъ виновникъ.

Всякое дѣяніе, признаваемое закономъ наказуемымъ, является таковымъ по отношенію къ каждому субъекту, все равно способенъ ли онъ выполнить это дѣяніе въ качествѣ виновника, или нѣтъ. Въ виду этого вопросъ о томъ, можетъ ли сдѣлаться виновнымъ въ соучастіи въ преступленіи тотъ, кто не могъ бы совершить этого преступленія, дѣйствуя одинъ, въ качествѣ виновника, (вслѣдствіе того, что ему не достанетъ какого-либо требуемаго закономъ для состава этого преступленія личнаго качества или отношенія) несомнѣнно долженъ быть разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ. Недостатокъ этого личнаго качества никоимъ образомъ не препятствуетъ тому, чтобы лицо оказало умышленное содѣйствіе учиненію преступленія, такъ какъ нельзя усмотрѣть никакого основанія, почему такая преступная и выразившаяся соотвѣтственнымъ образомъ въ дѣйствіи воля должна бы оставаться безнаказанною. Изъ того, что служебное преступленіе можетъ быть совершено только должностнымъ лицомъ, никакъ не слѣдуетъ, чтобы недолжностное лицо могло считать его дозволеннымъ для себя дѣяніемъ. Sein Wille dass ein Amtsdelict verübt werde ist ein sittlich schuldhafter und wird zum rechtlich schuldhaften und strafbaren, wenn er sich als mitwirkend zu solchem Delicte bethätigt.

На этомъ основаніи тотъ, кто не могъ бы учинить преступленія, дѣйствуя въ качествѣ виновника, можетъ быть однако пособ-

никомъ при его совершеніи; равнымъ образомъ подстрекательство можетъ служить для него средствомъ совершить, чрезъ посредство другаго лица, то преступленіе, которое самъ онъ не способенъ выполнить.

Точно также нельзя безусловно отрицать возможность для того субъекта, который неспособенъ совершить извѣстное преступленіе въ качествѣ его единственнаго виновника, быть совиновникомъ другаго лица въ учиненіи того же преступленія. Все зависитъ здѣсь отъ того, допускаетъ ли законный составъ преступленія возможность для этого субъекта такой дѣятельности, въ которой выражается одинъ изъ существенныхъ моментовъ преступленія. Напр. женщина, которая преодолѣваетъ сопротивленіе насилуемой и держитъ её съ цѣлью дать виновнику возможность совершить надъ нею изнасилованіе является совиновницею въ этомъ преступленіи. Понятно само собою, что наказуемое соучастіе, пособничество, подстрекательство возможны и въ тѣхъ случаяхъ т. наз. необходимаго соучастія, въ которыхъ (какъ при двоеженствѣ, прелюбодѣяніи, кровосмѣшеніи) законный составъ преступленія предполагаетъ, по отношенію къ совиновникамъ, наличность спеціальныхъ личныхъ качествъ или отношеній. Но тѣ моменты виновности, оцѣнку которыхъ законъ всецѣло предоставляетъ суду, каковы: свойство мотива, руководившаго виновнымъ, вопросъ о томъ, дѣйствовалъ ли виновный съ предумышленіемъ или въ состояніи аффекта, или подъ вліяніемъ угрозъ и т. д., представляются, въ качествѣ моментовъ, вліяющихъ на мѣру наказанія, съ чисто индивидуальнымъ значеніемъ и потому, насколько они касаются только одного изъ соучастниковъ, не могутъ оказывать никакого вліянія на наказуемость другихъ соучастниковъ. Въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ виновничество предполагаетъ особую личную квалификацію, основаніемъ тому не всегда служитъ только то соображеніе, что наличностью извѣстныхъ личныхъ качествъ обусловливается фактическая возможность виновничества. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ напр. при кровосмѣшеніи, служебныхъ преступленіяхъ, личная квалификація имѣетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и то значеніе, что ею указывается на опредѣленное нравственное обязательство (ein besonderes sittliches Pflichtverhältniss), нарушеніе котораго сообщаетъ извѣстному преступленію его индивидуальное уголовно-юридическое значеніе. Въ такихъ случаяхъ задача судьи заключается въ томъ, чтобы при опредѣленіи наказанія принять въ должное вниманіе то, что виновность

участника, на которомъ не лежитъ такого нравственнаго обязательства по отношенію къ объекту преступленія, представляется сравнительно незначительною. Вотъ почему напр. наказаніе за дѣтоубійство должно быть примѣняемо лишь къ виновной въ томъ матери, а не къ ея соучастнику, который подлежитъ наказанію, какъ за участіе въ простомъ убійствѣ. Вообще вопросъ о томъ, должны ли быть вмѣнены личныя качества и отношенія, отягчающія или уменьшающія наказуемость дѣятеля, только тому участнику, съ личностью котораго они связаны, или также и другимъ участникамъ, не допускаетъ рѣшенія in abstracto, а лишь въ примѣненіи къ опредѣленнымъ личнымъ качествамъ и отношеніямъ субъекта, такъ какъ все зависитъ отъ того, обосновываютъ ли эти качества и отношенія чисто индивидуальный моментъ виновности лица, или нѣтъ.

V.

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, изд. 1874 г., ст. 341 и слѣд.

Всякое соучастіе (осуществляется ли оно посредствомъ дѣйствій предшествующихъ или сопутствующихъ главному дѣйствію, или входящихъ въ его составъ, выражается ли оно въ дѣйствіяхъ физическихъ или этическихъ, participation précédente et concomitante, matérielle et morale) бываетъ двухъ родовъ: главное и побочное (principale ou accessoire). Виновными въ главномъ участіи (виновники, auteurs) являются тѣ, которые служатъ причиною преступленія; тѣ же, помощь которыхъ хотя и была полезна дѣянію, но не была необходима, виновны въ участіи второстепенномъ (пособники или участники въ тѣсномъ смыслѣ, auxiliaires ou complices proprement dits). Рѣшимость нарушить уголовный законъ и дѣяніе, коимъ эта рѣшимость осуществляется, образуютъ два основные элемента всякаго преступленія. Слѣдовательно лицо, которое вызвало къ жизни или одновременно оба эти элемента, или же тотъ или другой изъ нихъ, способствовало главнымъ и прямымъ путемъ возникновенію преступленія, является его причиною. Можно стать причиною преступленія чрезъ посредство акта физическаго, или же акта моральнаго; отсюда происходятъ двѣ категоріи виновниковъ: виновники матеріальные (auteurs matériels) и моральные (auteurs intellectuels).

Бельгійскій Code pénal относитъ къ виновникамъ (матеріальнымъ) въ преступленіи или проступкѣ, во 1-хъ) тѣхъ, которые его совершили или прямо содѣйствовали его совершенію (qui l'ont exécuté ou qui ont coopéré directement à son exécution). Такимъ образомъ, кто схватываетъ лицо, которое желаютъ лишить жизни, кто ему связываетъ руки, или затыкаетъ ему ротъ, перерѣзываетъ ему горло—всѣ эти лица суть виновники убійства. Тѣ, кто взламываетъ замокъ, кто стережетъ обитателей дома и препятствуетъ имъ, угрозами, призвать на помощь, кто завладѣваетъ свертками золота—будутъ совиновниками въ кражѣ. Тотъ, кто останавливаетъ лошадей, или появляется, вооруженный, у дверецъ кареты и требуетъ денегъ и тѣ, которые, ничего не дѣлая и молча, присутствуютъ при этомъ, съ тою цѣлью, чтобы своею численностью устрашить путешественниковъ, являются совиновниками въ разбоѣ. Какъ матеріальные виновники въ преступленіи или проступкѣ, наказываются также тѣ, которые какимъ бы то ни было дѣяніемъ оказали совершенію преступленія такую помощь, что безъ ихъ содѣйствія преступленіе или проступокъ не могли бы быть выполнены. Говоря о лицахъ, оказавшихъ *совершенію* преступленія необходимую, неизбѣжную помощь, законъ не имѣетъ въ виду ограничить квалификацію виновниковъ тѣми только участниками, содѣйствіе которыхъ заключалась въ самомъ совершеніи преступленія; здѣсь разумѣется участіе, которое выражается въ помощи, содѣйствіи или въ приготовленіяхъ къ преступленію или въ актахъ его совершенія; дѣло идетъ, другими словами, о тѣхъ, которые завѣдомо (avec connaissance) помогали или содѣйствовали виновнику или виновникамъ преступленія въ тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя подготовили или облегчили его выполненіе. Если преступленіе могло быть совершено безъ ихъ содѣйствія, хотя, быть можетъ, съ меньшею легкостью и бо́льшимъ рискомъ, то лица, оказавшія помощь, наказываются, какъ участники (complices); если же, напротивъ того, помощь ихъ была такова, что безъ ея присоединенія, преступленіе не могло бы быть совершено, то ихъ участіе является главнымъ, и законъ уподобляетъ ихъ виновникамъ преступленія. Во всякомъ случаѣ такое постановленіе закона не должно быть понимаемо въ безусловномъ смыслѣ. Для того, чтобы обвиняемый въ преступномъ соучастіи заслуживалъ быть наказаннымъ, какъ совиновникъ, достаточно того, чтобы, безъ его содѣйствія, дѣяніе не могло быть совершено при тѣхъ обстоятельствахъ, которыя

его сопровождали, тѣмъ способомъ, которымъ оно было совер шено, въ тотъ день, когда оно было выполнено и т. д. Une impossibilité relative suffit donc pour que celui qui l'a écarté dans le dessein de faciliter la perpétration du crime, en soit considéré comme coauteur. Слуга, отпирающій ворамъ двери господскаго дома, тотъ, кто караулитъ, пока преступленіе совершается, кто, въ то время какъ его пріятель похищаетъ женщину, поджидаетъ его съ каретою или лошадьми, кто даетъ свое помѣщеніе для совершенія въ немъ убійства, кто завлекаетъ туда жертву, удерживаетъ её тамъ до прибытія убійцъ, кто служитъ проводникомъ мятежникамъ, желающимъ, посред ствомъ внезапнаго нападенія, овладѣть укрѣпленіемъ, или извѣщаетъ ихъ, сигналами, о наступленіи благопріятнаго момента для выполненія ихъ плана—всѣ эти лица суть совиновники въ преступленіи, или по крайней мѣрѣ могутъ быть ими.

Вопросъ о томъ, было ли участіе дѣятеля необходимо для овершенія преступленія или проступка, или нѣтъ, есть вопросъ факта, разрѣшеніе котораго принадлежитъ судьямъ, постановляющимъ приговоръ о виновности лица (aux juges de la culpabilité). Безъ сомнѣнія для того, чтобы быть виновнымъ въ соучастіи, необходимо, чтобы содѣйствіе осуществленію преступленія было оказано съ намѣреніемъ ему способствовать (avec le dessein d'y concourir). Виновность соучастниковъ въ преступленіи (des codélinquants), наказуемыхъ, по Code pénal, въ качествѣ виновниковъ преступленія или проступка, не всегда одинаковая; одинъ можетъ заслуживать наказанія болѣе строгаго, чѣмъ другой; но законъ не можетъ входить въ подробности по этому предмету; онъ не имѣетъ средствъ различать и опредѣлять въ точности всѣ оттѣнки преступнаго соучастія и долженъ предоставить такую оцѣнку совѣсти суда. Если несправедливо и опасно поражать одинаковымъ наказаніемъ всѣ виды преступнаго соучастія, то съ другой стороны не менѣе опасно и несправедливо установлять въ уголовномъ законѣ слишкомъ большое число подраздѣленій, въ зависимости отъ такихъ обстоятельствъ, коихъ законодатель не въ состояніи предвидѣть и точно опредѣлить. Просторъ, предоставляемый судьѣ при опредѣленіи размѣра наказанія и система смягчающихъ обстоятельствъ даютъ ему возможность соразмѣрить наказаніе съ виновностью каждаго изъ совиновниковъ въ преступленіи.

Code pénal относитъ къ числу участниковъ тѣхъ, которые, не склоняя прямо къ преступленію или проступку, дали наставленія

относительно его совершенія, причемъ все равно, заключалась ли ихъ дѣятельность въ составленіи самаго плана предпріятія и указаніи средствъ къ устраненію препятствій, или же она ограничилась собираніемъ свѣдѣній, могущихъ облегчить выполненіе проекта, принятаго другими участниками. Чтобы быть виновнымъ въ соучастіи (pour être coupable de complicité) необходимо, чтобы лицомъ были даны наставленія, съ знаніемъ того, что таковыя должны служить къ выполненію опредѣленнаго преступленія, и въ намѣреніи облегчить его выполненіе; ненамѣреннаго участія, по неосторожности, нельзя вообще допустить. Слуга указываетъ своимъ товарищамъ мѣсто, гдѣ находится денежный сундукъ его хозяина, и способъ, какимъ можно проникнуть въ это помѣщеніе. Если товарищи слуги воспользовились его наставленіями, то его нельзя признать участникомъ въ совершаемой кражѣ, пока не будетъ доказано, что эти свѣдѣнія были имъ даны съ преступнымъ умысломъ. Необходимо затѣмъ, чтобы тѣ наставленія, которыя были даны въ видахъ совершенія преступленія, были дѣйствительно выполнены. Наставленія, которыя не принесли никакой пользы дѣянію, какъ напр. воззванія, оставшіяся безъ результата, могутъ быть delicta sui generis, но никогда не будутъ актами соучастія. То обстоятельство, были-ли даны наставленія непосредственно или переданы чрезъ третье лицо тому, кто долженъ былъ совершить преступленіе, представляется безразличнымъ. При этомъ послѣднемъ предположеніи, истиннымъ участникомъ будетъ совѣтодатель, а не посредникъ, послужившій орудіемъ передачи, если только послѣдній ограничился одною этою ролью. Законъ не ставитъ условіемъ, чтобы лицо, давшее другому инструкціи для совершенія преступленія, склонило вмѣстѣ съ тѣмъ его къ этому, ибо оно можетъ намѣренно облегчить выполненіе преступленія, не подстрекая тѣхъ лицъ, которыя съ нимъ совѣтуются относительно задуманнаго ими преступнаго плана, къ его выполненію. Воры подкупаютъ слугу, послѣдній указываетъ имъ расположеніе различныхъ частей дома, который они хотятъ обокрасть. Если при этомъ онъ не совѣтывалъ имъ совершать кражи, или даже желалъ, чтобы имъ помѣшали выполнить ихъ намѣреніе, то этимъ нисколько не измѣняется преступный характеръ данныхъ имъ указаній. Хотя законъ упоминаетъ только объ одномъ видѣ интеллектуальнаго участія, но отсюда не слѣдуетъ, чтобы послѣднее заключалось единственно въ наставленіяхъ, данныхъ для совершенія дѣйствія. На основаніи Code pénal, тотъ, кто рѣшается на преступленіе и заставляетъ дру-

гое лицо его учинить, есть виновникъ интеллектуальный, потому что онъ служитъ причиною преступленія. Но если оказывается, что подстрекатель только укрѣпилъ въ дѣятелѣ преступную рѣшимость, уже ранѣе принятую послѣднимъ, то онъ будетъ не виновникомъ, а интеллектуальнымъ участникомъ преступнаго дѣянія. Тѣ, которые подстрекали къ преступленію посредствомъ угрозъ или злоупотребленія авторитетомъ или властью, всегда являются виновниками въ главномъ участіи; но если были употреблены въ дѣло какія либо иныя средства подстрекательства, съ цѣлью ободрить и укрѣпить другаго въ принятомъ имъ преступномъ намѣреніи, въ такомъ случаѣ подстрекатель будетъ только простымъ участникомъ. Бельгійскій законодатель не счелъ нужнымъ внести такое разграниченіе интеллектуальнаго пособничества отъ подстрекательства въ самый законъ. Рѣшеніе этого вопроса принадлежитъ судьѣ; если послѣдній, на основаніи обстоятельствъ, сопровождавшихъ подстреканіе, придетъ къ убѣжденію, что подстрекатель игралъ въ преступной драмѣ лишь второстепенную роль, то, пользуясь системою смягчающихъ обстоятельствъ, онъ примѣнитъ къ обвиненному наказаніе, лишь какъ пособнику.

Между матеріальными участниками первое мѣсто занимаютъ тѣ, которые доставили оружіе, орудія или какое-либо иное средство, послужившее для преступленія или проступка, зная, что они должны были служить для этой цѣли. Для того, чтобы лицо, доставившее орудія преступленія, могло быть наказано какъ участникъ, необходимо, чтобы оно доставило ихъ съ намѣреніемъ облегчить совершеніе преступленія. Очевидно, что лицо не можетъ имѣть намѣренія участвовать въ преступленіи, если ему не былъ извѣстенъ преступный планъ, къ осуществленію котораго должны были служить эти средства. Но знаніе о преступномъ планѣ не предполагаетъ непремѣнно въ томъ, кто доставилъ дѣятелю средства совершенія преступленія, намѣреніе ему способствовать. Слесарь, который знаетъ, что заказанные ему ключи предназначены для совершенія кражи, можетъ вовсе не имѣть намѣренія сдѣлаться участникомъ въ этой кражѣ, въ особенности если онъ не ожидаетъ получить долю въ добычѣ; ему вовсе нѣтъ дѣла до той цѣли, для которой должны служить ключи, и для него важно только получить за это хорошую плату. Безъ сомнѣнія онъ совершаетъ delictum sui generis, но онъ становится виновнымъ въ участіи только тогда, если онъ оказалъ свою помощь ворамъ, имѣя съ ними общій

интересъ въ томъ, чтобы преступленіе было совершено. Затѣмъ очевидно, что если намѣренно доставленныя орудія совершенія не послужили дѣйствію, то нѣтъ ни участія, ни покушенія на участіе. Законъ включаетъ въ категорію участниковъ тѣхъ, которые завѣдомо помогали или содѣйствовали виновникамъ преступленія такими дѣяніями, которыя подготовили, или облегчили его выполненіе, или посредствомъ коихъ преступленіе было совершено, т. е. лицъ, которые или до, или во время совершенія преступленія и въ виду этого преступленія, помогали виновникамъ дѣянія, при томъ однако условіи, что оказанная ими помощь не была такова, что безъ нея преступленіе не могло быть совершено, ибо въ такомъ случаѣ они становятся виновниками.

Code pénal относитъ къ числу пособниковъ тѣхъ, „которые, зная о преступномъ поведеніи злодѣевъ (la conduite criminelle des malfaiteurs), производящихъ разбои или насильственныя дѣйствія противу безопасности государства, общественнаго спокойствія, лицъ или собственности, доставляли имъ постоянно (habituellement) жилье, мѣсто убѣжища или сборища. Постоянное укрывательство злодѣевъ, на которое послѣдніе могутъ разсчитывать, заключаетъ въ себѣ обѣщаніе со стороны укрывателя оказывать имъ помощь послѣ совершенія умышленныхъ ими преступленій. Такое фактически установившееся соглашеніе между злодѣями и ихъ обычными укрывателями облегчаетъ выполненіе ихъ преступныхъ плановъ, обезпечивая виновникамъ возможность ускользать отъ правосудія и вмѣстѣ съ тѣмъ доставляя имъ безопасное мѣсто для храненія плодовъ преступленій. При этомъ однако необходимо помнить, что актомъ соучастія будетъ не одно только укрывательство, а именно привычное укрывательство. Изъ того, что нельзя принять какое либо участіе въ преступленіи оконченномъ, слѣдуетъ, что укрыватель является участникомъ въ преступленіяхъ, совершенныхъ злодѣями, въ продолженіи лишь того времени, когда онъ давалъ имъ пріютъ. Но съ другой стороны онъ долженъ нести наказаніе, въ качествѣ участника, не только за разбои и насилія, но и за всѣ другіе преступленія или проступки, совершенные злодѣями впродолженіе всего того времени, когда онъ доставлялъ имъ убѣжище. Соучастіе, о которомъ идетъ рѣчь, предполагаетъ совокупность нѣсколькихъ условій. Необходимо, во первыхъ, чтобы обвиняемый доставлялъ злодѣямъ

жилище, мѣсто убѣжища или сборища. Онъ не можетъ считаться участникомъ, если онъ давалъ имъ только пищу, развѣ бы онъ давалъ имъ таковую въ то время, когда они собрались въ его домѣ, ибо въ этомъ случаѣ онъ доставилъ имъ мѣсто сборища. Обвиненіе въ соучастіи можетъ упадать лишь на хозяина дома; онъ одинъ имъ располагаетъ и можетъ дать ему то или другое назначеніе. Необходимо, затѣмъ, чтобы обвиняемый далъ убѣжище такимъ лицамъ, которыя совершаютъ преступленія при помощи насилія и дѣлаютъ изъ этихъ преступленій ремесло для себя. Соучастіе существуетъ, коль скоро укрыватель доставлялъ жилье, мѣсто убѣжища или сборища шайкѣ злодѣевъ или нѣсколькимъ лицамъ, составляющимъ часть шайки или же злодѣямъ, производящимъ по одиночкѣ разбои или насилія, не образуя преступной ассоціаціи. Необходимо, въ третьихъ, чтобы обвиняемый постоянно (habituellement) давалъ пріютъ злодѣямъ. Обстоятельство это особенно существенно, въ качествѣ основнаго элемента участія. Недостаточно того, чтобы онъ нѣсколько разъ доставилъ жилье, мѣсто убѣжища или сборища; необходимо, чтобы онъ ихъ доставлялъ повседневно, или по крайней мѣрѣ настолько часто, чтобы злодѣи могли смотрѣть на его домъ, какъ на притонъ, постоянно находящійся въ ихъ распоряженіи. Внѣ этихъ условій, укрыватель можетъ отвѣчать за delictum sui generis, но не въ качествѣ участника.

Общій принципъ наказуемости соучастниковъ въ преступленіи заключается въ томъ, что всякій изъ нихъ долженъ быть наказанъ за ту долю участія, которую онъ принялъ на себя, даже тогда, если бы виновникъ или совиновникъ дѣянія успѣлъ избѣгнуть уголовной кары, такъ какъ, по началу личной отвѣтственности, безнаказанность одного участника не можетъ служить в пользу другаго.

Обстоятельства, увеличивающія, по закону, вину подсудимаго, могутъ быть двоякаго рода: одни изъ нихъ объективны или присущи самому дѣянію, другія субъективны или связаны съ личностью. Первыя составляютъ часть самаго преступленія и потому сообщаются всѣмъ тѣмъ, которые приняли участіе въ совершеніи этого преступленія, хотя бы даже эти лица и не знали о ихъ существованіи; обстоятельства этого рода обрушиваются всею своею тяжестью какъ на виновниковъ, такъ и на участниковъ преступленія, возвышая наказуемость тѣхъ и другихъ. Для уголовной

отвѣтственности соучастниковъ вполнѣ достаточно, чтобы имъ были извѣстны свойство и цѣль того дѣянія въ которомъ они приняли участіе; затѣмъ нѣтъ надобности, чтобы они участвовали во всѣхъ второстепенныхъ актахъ преступленія, или чтобы они знали объ этихъ актахъ. Такимъ образомъ, если кража совершена при увеличивающихъ вину обстоятельствахъ нѣсколькими лицами, то совиновники всѣ подлежатъ одинаковому наказанію, даже тотъ изъ нихъ, который, карауля на улицѣ, совершенно не зналъ о насильственныхъ дѣйствіяхъ, учиненныхъ похитителями противъ лицъ, обитавшихъ въ домѣ. Участники же должны подвергнуться наказанію, непосредственно слѣдующему за тѣмъ, которое они понесли бы въ качествѣ виновниковъ въ данномъ преступленіи, т. е. въ приведенномъ случаѣ, наказанію, непосредственно низшему, чѣмъ то, которое примѣняется къ виновникамъ кражи, хотя бы даже доказано было, что они не знали объ этихъ обстоятельствахъ. законъ, не требуя, чтобы каждый изъ соучастниковъ зналъ не только свойство преступленія, но и тѣ отягчающія обстоятельства, которыми оно сопровождалось, имѣетъ къ тому весьма уважительныя основанія. Большинство преступленій, совмѣстно совершаемыхъ нѣсколькими лицами, являются результатомъ предварительнаго соглашенія: при этомъ опредѣленіе времени, мѣста дѣйствія средствъ, которыя должны служить для совершенія дѣянія, а также распредѣленіе ролей между сообщниками обыкновенно происходятъ прежде, чѣмъ было приступлено къ совершенію дѣянія; за симъ незнаніе однимъ изъ злоумышленниковъ о существованіи какого либо частнаго обстоятельства, которое, присоединившись во время совершенія преступленія, сдѣлало послѣднее болѣе тяжкимъ, лишено всякаго существеннаго значенія. Соединяясь для общей цѣли, преступники ставятъ себя въ зависимость отъ всякихъ случайностей предпріятія; они эвентуально соизволяютъ на всѣ послѣдствія дѣянія, а потому ссылка совиновникомъ и участникомъ, въ свое оправданіе, на невѣдѣніе ими обстоятельствъ, отягчающихъ преступленіе, рѣдко можетъ имѣть значеніе въ глазахъ суда и во всякомъ случаѣ система смягчающихъ обстоятельствъ служитъ здѣсь вполнѣ достаточнымъ коррективомъ наказанія. Держась противоположной системы, законодатель налагалъ бы на обвиненіе обязанность доказывать, что каждый изъ сопреступниковъ не только понималъ свойство и цѣль дѣянія, въ которомъ принялъ участіе, но и зналъ кромѣ того о всѣхъ частныхъ обстоя-

тельствахъ совершенія преступленія,—что весьма часто было бы совершенно невозможно доказать; въ настоящее же время обвиняемый долженъ доказать, что невѣдѣніе имъ фактовъ, отягчающихъ преступленіе, должно служить къ его оправданію, коль скоро такое возраженіе съ его стороны можетъ быть принято судомъ во вниманіе (lorsque l'exception qu'il fait valoir est admissible), и только въ такомъ случаѣ судъ можетъ понизить слѣдующее ему по закону наказаніе. Тѣ изъ увеличивающихъ вину обстоятельствъ, которыя вытекаютъ изъ личныхъ качествъ субъекта, или его личныхъ отношеній, падаютъ на долю того изъ соучастниковъ, въ личности котораго они сосредоточены, не обращаясь во вредъ остальнымъ, хотя бы послѣдніе и знали о ихъ существованіи, ибо обстоятельства эти связаны съ личностію даннаго субъекта. Такими обстоятельствами являются: качества должностнаго лица, слуги, отца, сына и вообще всякое личное свойство преступника, отягчающее его наказуемость. Предумышленіе (la préméditation) является отягчающимъ личнымъ обстоятельствомъ, будучи особенною формою воли, свойственною человѣку. Оно не можетъ быть разсматриваемо, какъ обстоятельство, присущее самому дѣянію, и еще того менѣе, какъ составной элементъ преступленія; такъ напр. убійство, учиненное съ предумышленіемъ, составляетъ квалифицированный видъ этого преступленія (assassinat), по это обстоятельство, какъ исключительно личное, не измѣняетъ вовсе существеннаго характера дѣянія, оно не дѣлаетъ его преступленіемъ другаго рода. L'assassinat est toujours un meurtre, qui prend la qualification d'assassinat dans la personne de celui qui l'a prémedité mais non à l'égard du coauteur qui a agi sans réflexion et que l'on ne saurait appeler assassin.

Никакое обстоятельство не можетъ сдѣлаться составною частію преступленія только потому, что оно измѣняетъ законную квалификацію дѣянія. Отсюда вытекаетъ, что изъ двухъ виновниковъ убійства, изъ которыхъ одинъ дѣйствовалъ съ предумышленіемъ, а другой подъ вліяніемъ внезапнаго и моментальнаго порыва, первый долженъ быть присужденъ къ смертной казни, а второй къ безсрочнымъ каторжнымъ работамъ. Правило это должно имѣть примѣненіе, какъ въ томъ случаѣ, когда оба обвиняемые являются матеріальными совиновниками, такъ и тогда, если одинъ изъ нихъ будетъ интеллектуальнымъ, а другой матеріальнымъ виновникомъ убійства. Подобно отягчающимъ обстоятельствамъ,

обстоятельства, извиняющія подсудимаго, являются или личными, или присущими самому дѣянію; первыя обусловливаютъ уменьшеніе наказанія того изъ соучастниковъ, въ личности котораго они заключаются, не обращаясь въ пользу другимъ участникамъ. Такимъ образомъ въ томъ случаѣ, когда преступленіе было совершено при участіи одного, или нѣсколькихъ лицъ, субъектомъ моложе 16 лѣтъ, или глухо-нѣмымъ, дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія, молодость одного, или неразвитость другого не могутъ служить извиняющими обстоятельствами для совиновника, или участника, который вовсе не находится въ томъ же положеніи. — Тѣ извиняющія обстоятельства, которыя присущи самому дѣянію, сообщаются совиновникамъ; таковымъ напр. является извиняющее обстоятельство, которое вытекаетъ изъ преступнаго посягательства на неприкосновенность жилища, выразившагося въ совершеніи взлома, или влѣзанія, днемъ. Лица, которые оказали домовладѣльцу, или нанимателю дома или помѣщенія содѣйствіе къ отраженію нападенія, выразившагося во взломѣ или во влѣзаніи, освобождаются отъ наказанія за нанесеніе ударовъ, ранъ, или за убійство нападавшаго, если только имъ не было извѣстно, что дѣяніе послѣдняго не угрожало никакою опасностію для личности.

Изъ обстоятельствъ, смягчающихъ наказаніе (circonstances atténuantes), тѣ, которыя не указаны въ самомъ законѣ и оцѣнка которыхъ принадлежитъ суду, имѣютъ обыкновенно личный характеръ, но правило это не безусловно. Вредъ, причиненный преступленіемъ, или производимая имъ опасность могутъ представляться весьма маловажными. Кража, совершенная даже при помощи взлома и притомъ нѣсколькими лицами, но если она заключалась въ похищеніи малоцѣнныхъ предметовъ со двора, или изъ сада, не заслуживаетъ конечно наказанія смирительнымъ домомъ. Маловажность преступленія, или проступка представляется, по отношенію къ его матеріальной сторонѣ, такимъ смягчающимъ обстоятельствомъ, которое связано съ самымъ дѣяніемъ, ему присуще и потому должно быть обращено въ пользу всѣмъ сопреступникамъ, развѣ бы виновность одного изъ нихъ отягчалась вслѣдствіе какого либо личнаго обстоятельства. Но различеніе между обстоятельствами, только смягчающими вину, такихъ, которыя являются связанными съ личностью, и такихъ, которыя присущи дѣянію, не приноситъ никакой практической пользы, такъ какъ, разъ эти обстоятельства

не опредѣлены въ законѣ, судьѣ предоставляется полный просторъ для ихъ оцѣнки: отъ него зависитъ обратить такія обстоятельства въ пользу всѣхъ соучастниковъ, или признать право на смягченіе наказанія только за однимъ изъ нихъ и примѣнить къ другому нормальное наказаніе. Въ томъ случаѣ, когда нѣсколько лицъ участвовали въ совершеніи одного же и того же преступленія, наказаніе должно быть соразмѣрено съ важностію той роли, которую каждый виновникъ игралъ въ преступной драмѣ. Мѣра наказанія должна соотвѣтствовать тяжести дѣянія, а послѣдняя зависитъ отъ виновности дѣятеля и отъ того зла, которое онъ причинилъ своимъ дѣйствіемъ. Примѣняя это начало къ преступному соучастію, необходимо признать, что наказаніе каждаго изъ сопреступниковъ должно быть болѣе или менѣе тяжкимъ, смотря потому, принималъ ли онъ болѣе или менѣе активное и прямое участіе въ преступленіи. Поражать одинаковымъ наказаніемъ всѣхъ тѣхъ, которые какимъ бы то ни было образомъ содѣйствовали преступленію, значило бы опредѣлять важность послѣдняго по одному только намѣренію, руководившему дѣятелемъ, не принимая въ разсчетъ ни того вреда, который онъ причинилъ, ни тѣхъ опасности и тревоги, которыя онъ произвелъ; это значило бы забывать, что общественное правосудіе не призвано карать преступную рѣшимость, выразившуюся въ дѣйствіи, а имѣетъ своею задачею подавлять предосудительныя или опасныя для общества дѣянія, на сколько таковыя суть результатъ преступнаго умысла, или болѣе или менѣе тяжкой неосторожности; это значило бы одновременно нарушать и принципы справедливости и правила благоразумія. Въ самомъ дѣлѣ законъ, допускающій одинаковую наказуемость виновниковъ и участниковъ въ преступленіи, непремѣнно будетъ служить для послѣднихъ побужденіемъ къ тому, чтобы не довольствоваться только второстепеннымъ участіемъ, а напротивъ всѣми силами стремиться къ осуществленію преступнаго плана, такъ какъ, переходя изъ роли второстепенныхъ виновниковъ въ роль главныхъ виновниковъ, они ничего не теряютъ, а напротивъ во всемъ выигрываютъ; рискуя въ обоихъ случаяхъ однимъ и тѣмъ же, они должны видѣть свой интересъ въ увеличеніи, путемъ болѣе активнаго и прямаго содѣйствія, тѣхъ матеріальныхъ выгодъ, которыя имъ обѣщаетъ совершеніе преступленія.

Всѣ тѣ, которые учинили дѣяніе, которые содѣйствовали его

совершенію какимъ либо непосредственнымъ или прямымъ актомъ, которые оказали совершенію преступленія такого рода содѣйствіе что безъ него преступленіе не могло бы быть выполнено, словомъ всѣ тѣ, которые подходятъ подъ наименованіе матеріальныхъ виновниковъ, должны подлежать одинаковому наказанію. Съ другой стороны было бы противно и справедливости и общественному интересу, чтобы прямой подстрекатель (le provocateur direct), интеллектуальный виновникъ, наказывался менѣе строго, чѣмъ виновникъ физическій, такъ какъ если одинъ совершилъ преступленіе, то другой хотя и не способствалъ совершенію его матеріально, но былъ его первою производящею причиною, породивъ самую рѣшимость на его выполненіе. Безъ средствъ, употребленныхъ подстрекателемъ, дѣяніе не было бы вовсе совершено, или было бы совершено иначе. Но теорія уголовнаго права не позволяетъ поражать одинаковымъ наказаніемъ тѣхъ, которые были причиною преступленія, и тѣхъ, которые приняли въ немъ лишь второстепенное участіе, и ставить такимъ образомъ на одну доску виновниковъ и участниковъ въ дѣяніи. Слѣдуя этому взгляду теоріи, новый бельгійскій code pénal облагаетъ, въ видѣ общаго правила, второстепенное участіе менѣе строгимъ наказаніемъ, чѣмъ главное участіе въ преступленіи. Участники въ преступленіи (crime) подлежатъ наказанію непосредственно низшему противу того, которому они подверглись бы, если бы сами были виновниками этого преступленія, а не тому наказанію, которое непосредственно слѣдуетъ за наказаніемъ дѣйствительнаго виновника въ данномъ случаѣ. Наказаніе, къ которому могутъ быть присуждены участники въ проступкѣ (délit), не должно превышать двухъ третей того наказанія, которому они подверглись бы, если бы сами были виновниками этого проступка. Въ обыкновенныхъ случаяхъ, т. е. при отсутствіи обстоятельствъ, отягчающихъ или извиняющихъ подсудимаго, наказаніе которому участники подверглись бы въ томъ случаѣ, если бы сами были виновниками, будетъ тѣмъ же, какъ и наказаніе того виновника, по отношенію къ которому они являются участниками. Равнымъ образомъ оно не будетъ разниться отъ послѣдняго тогда, когда отягчающее или извиняющее обстоятельство, сопровождавшее преступленіе, связано съ самымъ дѣяніемъ, такъ какъ вытекающее отсюда отягченіе или уменьшеніе наказанія имѣетъ силу по отношенію ко всѣмъ участникамъ безъ различія. Но вопросъ рѣшается иначе, если увеличивающее вину или извиняю-

щее обстоятельство соединяется съ личностью, или виновника, или участника, потому что ни то, ни другое изъ этихъ обстоятельствъ не имѣетъ значенія для прочихъ участниковъ. Въ подобныхъ случаяхъ принципъ, въ силу котораго наказаніе участниковъ опредѣляется сообразно съ тѣмъ, которое они понесли бы, дѣйствуя сами въ качествѣ виновниковъ, пріобрѣтаетъ огромную важность. Что касается обстоятельствъ, лишь смягчающихъ наказуемость, то оцѣнка ихъ вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія судьи, который вправѣ понизить наказаніе всякому изъ соучастниковъ, являющемуся въ его глазахъ заслуживающимъ такого снисхожденія.

Согласно усвоенному Code pénal началу наказуемости участниковъ, обстоятельство извиняющее или отягчающее вину, коль скоро оно заключается въ личности виновника и чуждо личности участника, не можетъ служить ни въ пользу, ни ко вреду послѣдняго, а съ другой стороны обстоятельство отягчающее или извиняющее, связанное съ личностію участника, должно влечь за собою возвышеніе или пониженіе слѣдующаго ему по закону наказанія. Но если бы участникъ подлежалъ наказанію, непосредственно слабѣйшему того, которое законъ налагаетъ на виновника, то отягчающее обстоятельство, связанное съ личностью виновника, должно бы отразиться вреднымъ образомъ и на участникѣ, который подлежалъ бы, при этомъ условіи, усиленному въ той же пропорціи наказанію; равнымъ образомъ, если отягчающее обстоятельство лежало въ личности участника, то, при настоящей системѣ Code pénal, ему не можетъ служить въ пользу болѣе выгодное сравнительно съ нимъ положеніе виновника, тогда какъ оно обратилось бы ему въ пользу, если бы наказаніе его соразмѣрялось съ наказаніемъ виновника. Точно также, если на сторонѣ виновника имѣется лично его извиняющее обстоятельство, то таковое остается безъ всякаго вліянія на наказуемость участника; съ другой стороны то, что служитъ къ извиненію участника, не приносило бы ему никакой пользы, если бы къ нему примѣнялось наказаніе, непосредственно низшее сравнительно съ наказаніемъ виновника, для котораго подобное извиненіе не имѣетъ силы. При этой системѣ возможны такіе случаи, что участникъ въ преступленіи или проступкѣ подвергается тому же наказанію и даже наказанію болѣе строгому, чѣмъ виновникъ того же преступленія или проступка.

б) Подстрекатели къ преступленію.

I.

Mittermaier, Ueber Begriff, Arten und Strafbarkeit des Urhebers, N. A. des Criminalrechts, 1819 г., стр. 125 и слѣд.

По мнѣнію Миттермайера, раздѣленіе всѣхъ участниковъ въ преступленіи на виновниковъ и пособниковъ не совсѣмъ логично; гораздо правильнѣе различать непосредственныхъ и посредственныхъ участниковъ, изъ которыхъ первые выполняютъ дѣйствіе, лежащее въ основѣ законнаго состава преступленія, а вторые воспроизводятъ (hervorbringen) дѣяніе другихъ участниковъ, или способствуютъ ихъ дѣятельности. Къ посредственнымъ участникамъ относится и т. наз. интеллектуальный виновникъ, которому противополагаютъ виновника физическаго, тогда какъ лучше было бы совсѣмъ отказаться отъ выраженія „физическій виновникъ,“ которое не пригодно для всѣхъ случаевъ, замѣнивъ его словомъ дѣятель (Thäter), а выраженіе виновникъ (Urheber) сохранить только для обозначенія интеллектуальнаго виновника.

Понятіе такого виновника предполагаетъ:

1) что было учинено преступное дѣйствіе (оконченное или покушеніе—это безразлично).

2) что тотъ, кто выполнялъ преступленіе, былъ приведенъ къ преступленію не путемъ свободнаго самоопредѣленія, а чрезъ посредство чужой, независящей отъ него дѣятельности;

3) что, по обстоятельствамъ даннаго случая, дѣятель пришелъ къ преступленію только благодаря этому третьему лицу, котораго мы называемъ виновникомъ. При этомъ положеніе вещей не измѣняется, если можно съ вѣроятностью предполагать, что въ непродолжительномъ времени дѣятель, и безъ содѣйствія третьяго лица, всетаки учинилъ бы преступленіе, такъ какъ дѣло идетъ о вмѣненіи in concreto учиненнаго преступленія; но съ другой стороны дѣятель не долженъ уже ранѣе того, когда третье лицо пыталось опредѣлить его къ учиненію преступленія, обладать рѣшимостью на выполненіе преступленія, которое было имъ впослѣдствіи совершено, ибо въ такомъ случаѣ третье лицо только укрѣпляетъ уже существующую преступную рѣшимость, а не служитъ первою причиною ея возникновенія.

Истинные признаки подстрекателя должно искать: 1) въ свойствѣ средства, употребленнаго виновникомъ для воспроизведенія преступленія; 2) въ способѣ соглашенія (in der Art des Hinzukommens) виновникомъ будущаго дѣятеля и 3) въ свойствѣ намѣренія (in der Beschaffenheit der Absicht).

1. Изъ того основнаго положенія, что только такое цѣлесообразное дѣйствіе обосновываетъ наказуемость, которое находится въ причинной связи съ преступленіемъ, вытекаетъ: а) что тотъ лишь можетъ быть виновникомъ, кто предпринимаетъ дѣйствіе, способное опредѣлить еще нерѣшившееся лицо къ совершенію преступленія, что это дѣйствіе, слѣдовательно, заключало въ себѣ столько силы, что могло послужить для другаго лица самостоятельною причиною его преступной рѣшимости (einen selbstständigen Bestimmungsgrund eines rechtswidrigen Entschlusses für einen Andern zu geben), разрушить всѣ мотивы, отталкивающіе отъ преступленія, и своимъ перевѣсомъ надъ другими побужденіями принудить лицо къ совершенію преступленія даже противъ его воли. Поэтому только употребленіе такого средства, которое способно или физически или психологически понудить другаго къ совершенію преступленія, отнимая у него всякое свободное волеопредѣленіе или вызывая въ немъ такое настроеніе, при которомъ онъ является положительно заинтересованнымъ въ преступленіи и желаетъ таковаго,—въ состояніи сдѣлать субъекта, пользующагося такимъ средствомъ, виновникомъ. Средство должно быть таково, чтобы въ немъ выражалось, что примѣняющій его принимаетъ учиненное дѣйствіе на свой счетъ и вмѣстѣ съ тѣмъ видитъ въ другомъ только свое орудіе, когда напр. виновникъ приказываетъ учинить дѣяніе. Оно должно быть такого рода, чтобы можно было признать, что дѣятель пришелъ къ преступленію только благодаря употребленію этого средства, а не вслѣдствіе собственнаго преступнаго побужденія, имѣвшагося уже раньше. Но изъ этого слѣдуетъ также и то, что пробужденіе вообще преступныхъ стремленій въ будущемъ дѣятелѣ, безъ желанія побудить его къ совершенію опредѣленнаго преступленія, еще не дѣлаетъ лицо подстрекателемъ, во 1-хъ потому, что подстреканіе, выраженное въ такой общей формѣ, нельзя считать достаточнымъ для вмѣненія лицу послѣдовавшаго за нимъ преступленія, такъ какъ отъ преступныхъ стремленій еще далеко до злаго умысла, а во 2-хъ оттого, что дѣятель въ этомъ случаѣ

самымъ совершеніемъ преступленія доказываетъ, что пришелъ къ преступной рѣшимости путемъ собственной волевой энергіи (durch eigene Willensthätigkeit zum verbrecherischem Entschlusse gekommen ist) и имѣлъ въ себѣ достаточный запасъ преступной воли. На этомъ основаніи надлежитъ строго отдѣлять побужденіе другаго лица къ совершенію преступленія отъ причиненія таковаго. При нѣкоторыхъ преступленіяхъ брошенное слово, выраженіе, запавшее въ легко воспламеняющуюся душу другаго человѣка, служитъ поводомъ къ совершенію преступленія. Только тотъ можетъ быть виновникомъ въ юридическомъ смыслѣ, кто является причиною, т. е. достаточнымъ и стоящимъ въ непосредственной связи основаніемъ возникновенія преступленія, учиненнаго другимъ лицомъ.

2. Особенно важно опредѣлить время и способъ, которымъ виновникъ соглашаетъ дѣятеля (wie der Urheber zum Thäter hinzukommt): а) только тогда лицо можетъ считаться виновникомъ, когда оно примѣняетъ вышеуказанное средство къ такому субъекту, который еще не имѣлъ никакого даже только отдаленнаго умысла или интереса въ совершеніи преступленія; ему должна принадлежать первая преступная мысль, проснувшаяся въ душѣ дѣятеля. б) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ особенно трудно бываетъ опредѣлить, насколько лицо является первою причиною, какъ напр. въ слѣдующемъ случаѣ: слуга состоялъ съ женою своего господина въ любовной связи и позднѣе убилъ его; онъ сознался въ преступленіи и показалъ, что его склонила къ убійству жена убитаго тѣмъ, что однажды она ему въ отрывистыхъ выраженіяхъ, робко сдѣлала намекъ относительно убійства мужа; онъ тотчасъ понялъ ея намекъ и признался ей, что ему самому часто приходили въ голову такія же мысли и желанія, и лишь послѣ этого они уже прямо заговорили объ убійствѣ мужа. Судъ совершенно справедливо, по мнѣнію Mittermaier'а, не призналъ жену подстрекательницею къ убійству, такъ какъ случайный, первый, еще аллегорическій разговоръ о преступленіи, отъ котораго дѣятель уже самъ находится на полпути, не дѣлаетъ лицо подстрекателемъ. в) Сомнительнымъ представляется тотъ случай, когда лицо опредѣляетъ къ совершенію извѣстнаго преступленія такого субъекта, который уже рѣшился вообще на преступленіе; напр. кто-либо, находясь въ большой нуждѣ и не зная, какъ себѣ помочь, рѣшается совершить какое-нибудь преступленіе и въ этомъ раздумьи

приходитъ къ другому, который ему совѣтуетъ подделать монету или совершить кражу. Здѣсь необходимо различать, рѣшился ли субъектъ, котораго склонили, лишь вообще учинить преступленіе, не составивъ при этомъ себѣ опредѣленнаго плана, не имѣя опредѣленнаго интереса въ совершеніи преступленія и не находясь ни въ какомъ отношеніи къ объекту преступленія, или онъ уже имѣлъ въ виду достигнуть, преступнымъ путемъ опредѣленной цѣли, или дѣйствовать противъ опредѣленнаго субъекта, но еще не выяснилъ, какое преступленіе ему предстоитъ совершить. Въ первомъ случаѣ лицо, склоняющее на опредѣленное преступленіе, будетъ подстрекателемъ, во второмъ—нѣтъ. г) Сомнительнымъ представляется также и тотъ случай, когда лицо, находящееся въ извѣстнаго рода зависимости отъ другаго, колеблется въ своей преступной рѣшимости и, только получивъ согласіе этого другаго лица, учиняетъ преступленіе. А, жена В, подожгла, съ цѣлью полученія страховой преміи, свой собственный домъ; обвиняемая ссылалась на то, что мужъ ея постоянно принуждалъ ее къ совершенію преступленія и въ одно утро приказалъ ей поджечь домъ. Конечно, замѣчаетъ авторъ, въ данномъ случаѣ мужъ, если онъ и далъ такое приказаніе, не будетъ виновникомъ, ибо дѣйствительно заинтересованнымъ въ поджогѣ лицомъ является жена и она вовсе не нуждалась въ приказаніи, или, правильнѣе, въ согласіи своего мужа, чтобы совершить преступленіе.

3. Если расчленить злой умыселъ виновника, то а) въ немъ должна заключаться воля, чтобы преступленіе было учинено другимъ лицомъ, онъ, слѣдовательно, долженъ имѣть собственный интересъ въ совершеніи преступленія; б) онъ долженъ знать, что употребляемыя имъ средства способны побудить другаго къ преступленію, в) и долженъ пользоваться этими средствами съ намѣреніемъ привести другаго къ совершенію преступленія; г) возникалъ вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ возможно наказывать кого либо за кульпозное преступленіе другаго лица, какъ виновника. Напр. лицо предлагаетъ другому стрѣлять при такихъ условіяхъ, когда стрѣльба представляется опасною и тотъ ранитъ человѣка. Правильнѣе въ этомъ случаѣ не говорить о виновникѣ, такъ какъ здѣсь недостаетъ умысла опредѣлить другаго къ совершенію преступленія.

Виновникомъ, по опредѣленію автора, будетъ тотъ, кто съ пре-

ступнымъ умысломъ является причиною происхожденія такого выполненнаго другимъ лицомъ преступленія, на которое это лицо первоначально не рѣшалось (welcher mit reechtswidrigem Vorsatze die Entstehung eines von einem Andern ausgeführten, ursprünglich von ihm nicht beschlossenen Verbrechens verursacht).

Что касается средствъ, которыя, по свойству ихъ, могутъ побудить другаго къ преступленію, то авторъ признаетъ сомнительнымъ отнесеніе къ этой категоріи порученія (Mandat oder Auftrag). 1) Простое порученіе никакъ не можетъ служить для другаго лица достаточнымъ опредѣляющимъ мотивомъ совершить преступленіе, ибо, говоря точнѣе, порученіе заключаетъ въ себѣ лишь высказанное лицомъ желаніе, которое въ гражданской жизни исполняется частію изъ услужливости, частію изъ разсчета на полученіе гонорара. Но если въ гражданскомъ правѣ простое mandatum способно создать обязательство для лица, которое поручило веденіе своего дѣла другому, то въ уголовномъ правѣ, гдѣ рѣчь идетъ о наказуемости и вмѣненіи въ вину чужаго преступленія, простое порученіе не можетъ служить достаточнымъ для такого вмѣненія основаніемъ, тѣмъ болѣе, что никто конечно не рѣшится, вслѣдствіе простаго порученія со стороны другаго, учинить преступленіе и подвергнуться всѣмъ его послѣдствіямъ изъ услужливости только. Кто поэтому ссылается на чужое порученіе подъ предлогомъ, что таковое вызвало въ немъ преступную рѣшимость, тотъ на самомъ дѣлѣ и ранѣе слегка склонялся къ совершенію преступленія, такъ что порученіе другаго лица должно быть разсматриваемо въ этомъ случаѣ, какъ обстоятельство, укрѣпившее въ немъ рѣшимость, но не какъ единственная причина преступленія. 2) Простое порученіе (das reine Mandat) должно быть, по закону, совершенно безвозмезднымъ и тѣмъ самымъ сила его психологическаго воздѣйствія значительно уменьшается. 3) Въ смыслѣ закона mandatum, направленное на недозволенныя дѣйствія, является недѣйствительнымъ. 4) При ближайшемъ анализѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ предполагается mandatum, оказывается, что a) порученіе является замаскированнымъ приказаніемъ, или b) къ порученію присоединяется угроза причинить зло въ случаѣ невыполненія порученія, или c) лицу, которому дается порученіе, обѣщается опредѣленное вознагражденіе, или d) съ порученіемъ соединяется прельщеніе или уговариваніе, при такихъ взаимныхъ отношеніяхъ лицъ, которыя даютъ одному изъ нихъ

извѣстнаго рода перевѣсъ надъ другимъ. Такимъ образомъ не простое порученіе (das reine Mandat) дѣлаетъ лицо виновникомъ, но связанныя съ порученіемъ психически принудительныя средства или личныя отношенія, дающія поручающему вліяніе надъ тѣмъ лицомъ, которому поручается совершеніе преступленія.

Равнымъ образомъ то положеніе, что лицо можетъ сдѣлаться виновникомъ чужаго преступленія чрезъ дачу совѣта (Rathsertheilung), взятое въ такой общей формѣ, совершенно невѣрно. Въ большинствѣ случаевъ совѣтующій является только пособникомъ преступленія, насколько онъ укрѣпляетъ другаго въ его рѣшимости и облегчаетъ ему выполненіе дѣянія, ибо сообщеніе совѣта предполагаетъ, что субъектъ которому дается совѣтъ уже имѣлъ склонность къ преступленію, но еще не выяснилъ себѣ планъ и средства выполненія. Впрочемъ совѣтъ, обставленный извѣстнымъ образомъ, можетъ сдѣлать лицо виновникомъ, если совѣтующій имѣетъ дѣло съ нерѣшившимся, боязливымъ, психически слабымъ субъектомъ и, пользуясь своимъ умственнымъ перевѣсомъ, посредствомъ психологическаго воздѣйствія, даетъ волѣ лица рѣшительное направленіе. Но тогда необходимо а) чтобы дающій совѣтъ самъ отыскалъ другое лицо и впервые пробудилъ въ немъ мысль о преступленіи, тогда какъ простой совѣтъ, данный на вопросъ лица, уже рѣшившагося на преступленіе, дѣлаетъ только пособникомъ.

Съ совѣтомъ должно соединяться обольщеніе и уговариванье, восхваленіе преступленія, изображеніе его пріятныхъ послѣдствій, указаніе наиболѣе пригодныхъ средствъ для его выполненія: если напр. лицо совѣтуетъ другому заняться поддѣлкою денежныхъ знаковъ, но не сообщаетъ ему при этомъ никакого плана, не указываетъ средствъ совершенія, то на него нельзя смотрѣть, какъ на виновника. Наконецъ совѣтъ долженъ указывать на опредѣленное преступленіе, а не на преступленіе вообще, ибо иначе при общемъ характерѣ совѣта, причинная связь его съ позднѣе выполненнымъ преступленіемъ является столь отдаленною, что конкретное преступленіе не можетъ быть отнесено на счетъ лица, давшаго совѣтъ.

Приказъ, которымъ приказывающій прямо объявляетъ, что онъ принимаетъ вину на себя и смотритъ на повинующагося его приказанію только какъ на свое орудіе,—дѣлаетъ лицо виновникомъ преступленія. Это однако имѣетъ мѣсто лишь при слѣдующихъ условіяхъ: 1) если приказъ былъ данъ лицу, обязан-

ному къ послушанію; 2) если приказъ былъ ясно и опредѣленно выраженъ (ein ausdrücklicher und bestimmter) и относился къ опредѣленному преступленію; 3) приказъ долженъ быть данъ въ такой формѣ и при такихъ обстоятельствахъ, которыя не оставляютъ никакого сомнѣнія въ его серьезности. Римское право признавало виновникомъ главу семейства, по приказанію котораго его женою, дѣтьми или слугами учинено преступленіе. Но, при сложившихся въ современной семьѣ отношеніяхъ, приказъ главы семьи не обладаетъ достаточною психологическою силою, чтобы принудить другаго, противъ его воли, къ совершенію преступленія; жена и дѣти во всякомъ случаѣ обладаютъ достаточною самостоятельностью, чтобы смотрѣть на приказъ мужа и отца, какъ на простое желаніе. Поэтому лишь особыя условія, при которыхъ приказъ былъ данъ, могутъ сдѣлать приказывающаго мужа, отца или хозяина дома, виновникомъ чужаго преступленія, а именно; а) когда приказъ соединялся съ принужденіемъ или угрозою, или б) когда мужъ имѣетъ такой огромный перевѣсъ надъ своей робкой, слѣпо ему преданной женой, что у нея нѣтъ другой воли, помимо воли мужа, или в) когда тотъ, кому что либо приказывается, настолько слабъ психически и не имѣетъ воли, а приказывающій, благодаря своей силѣ и строгости, такъ поставилъ себя, что его воля въ домѣ безусловно исполняется, или г) когда къ приказанію присоединяется хитро разсчитанное обольщеніе.

4) Несомнѣнно, что принужденіе дѣлаетъ принуждающаго виновникомъ, поскольку онъ лишаетъ принуждаемаго всякой свободной воли. Вопросъ объ угрозѣ представляется болѣе сомнительнымъ. Лишь тогда, если угрозою возвѣщается о такомъ злѣ, сила котораго порождаетъ въ угрожаемомъ основательный страхъ и отнимаетъ у него свободу выбора и если притомъ угроза не оставляетъ въ угрожаемомъ никакого серьезнаго сомнѣнія относительно неизбѣжности наступленія этого зла, она можетъ сдѣлать угрожающаго виновникомъ. Для рѣшенія вопроса важно такимъ образомъ: а) главнымъ образомъ существо (Inhalt) угрожаемаго зла, равно какъ b) свойство угрозы (die Art der Drohung). Нѣтъ надобности, чтобы зло, которымъ угрожаютъ, относилось къ настоящему (ein gegenwärtiger sei); и угроза будущимъ зломъ обладетъ достаточною силою, если она послѣдовала при такихъ обстоятельствахъ,

которыя показываютъ дѣятелю, что по всѣмъ вѣроятіямъ ему нельзя будетъ избѣжать грозящаго зла; с) но при этомъ всегда должны быть приняты въ соображеніе и личныя отношенія угрожающаго къ угрожаемому.

При извѣстныхъ отношеніяхъ просьбы и убѣжденія также могутъ сдѣлать лицо виновникомъ чужаго преступленія, если онѣ неотступны, исходятъ отъ лица, имѣющаго извѣстное вліяніе на другаго, или излагаются при обстоятельствахъ, располагающихъ въ пользу лица просящаго. Просьбы часто способны скорѣе, чѣмъ порученіе (Auftrag), пробудить въ другомъ лицѣ сочувствіе и сообщить его душевному настроенію направленіе, желаемое просящимъ, въ особенности если онѣ настойчивы, сопровождаются слезами, изображеніемъ несчастнаго положенія просящаго, лестью, заманчивыми представленіями, или когда за исполненіе, просьбы говорятъ личныя отношенія, родство, дружба и т. п.

Наконецъ, лицо можетъ сдѣлаться виновникомъ, если, съ цѣлью достигнуть выполненія другимъ лицомъ преступленія, вызываетъ въ немъ ошибочное представленіе. Авторъ приводитъ слѣдующій примѣръ: жена, жившая съ своимъ мужемъ въ несогласіи, слышала, что есть средство вернуть утраченную любовь. Будучи въ значительной степени суевѣрна, она обратилась къ сосѣду, который съ давнихъ поръ питалъ тайную вражду къ ея мужу, и тотъ разсказалъ ей, что при помощи извѣстнаго порошка (оказавшагося ядовитымъ), любовь супруговъ можетъ быть возстановлена; затѣмъ, вслѣдствіе такого эксперимента, мужъ умеръ; сосѣдъ, очевидно, долженъ быть признанъ виновникомъ его смерти.

По общераспространенному мнѣнію, виновникъ долженъ подлежать тому же наказанію, какъ и дѣятель. Авторъ съ своей стороны полагаетъ, что одинаковая наказуемость виновника и дѣятеля должна имѣть мѣсто лишь въ видѣ изъятія и быть ограничиваема тѣми случаями, въ коихъ одинъ лишь виновникъ заинтересованъ въ совершеніи преступленія и пользуется дѣятелемъ просто какъ своимъ орудіемъ, гдѣ характеръ дѣятельности подстрекателя и вся обстановка преступленія указываютъ на существованіе укоренившагося, настойчиво преслѣдуемаго злаго умысла, т. е. гдѣ виновникъ совмѣщаетъ въ себѣ всѣ тѣ признаки, которые обосновываютъ полную наказуемость дѣятеля за выполненное имъ преступленіе. Законодательство, которое наказываетъ пособника менѣе виновника, которое устанавливаетъ въ

наказуемости покушенія различныя степени, смотря по мѣрѣ соотвѣтствія его съ законнымъ составомъ преступленія, т. е. объективно, поступаетъ вполнѣ непослѣдовательно, наказывая въ виновникѣ одну только злую волю наравнѣ съ совершеніемъ самаго преступленія. Ни одинъ способъ подстрекательства, за исключеніемъ приказа и принужденія, не даетъ права утверждать, что преступленіе произошло только благодаря подстрекателю (nur durch den Anstifter); лицо, склоненное къ преступленію, всегда служитъ доказательствомъ того, что его легко можно было привести къ преступленію, а потому въ дѣйствіи подстрекателя слѣдуетъ видѣть только покушеніе на преступленіе, совершеніе котораго должно быть отнесено на счетъ дѣятеля. Было бы психологически невѣрно отождествлять дѣятельность умственную съ тѣлесною. Не подлежитъ сомнѣнію, что отъ воли и желанія, чтобы преступленіе произошло, отъ дѣятельности, выражающейся только въ словахъ, еще цѣлая пропасть до совершенія преступнаго дѣянія. Кромѣ того, не слѣдуетъ забывать, что дѣятель въ самый моментъ преступленія еще имѣетъ возможность освободиться отъ наказанія, прекративъ, подъ вліяніемъ раскаянія, преступную дѣятельность. Виновникъ во многихъ случаяхъ лишенъ этой возможности и потому уже его положеніе иное, чѣмъ положеніе дѣятеля. Нерѣдко дѣятель отказывается отъ преступной попытки потому только, что впервые при самомъ совершеніи преступленія въ немъ пробуждаются мотивы, отклоняющіе отъ преступленія, напр. на него дѣйствуютъ трогательныя просьбы жертвы; виновникъ недоступенъ этимъ вліяніямъ, онъ не слышитъ рыданій противника, которыя, быть можетъ, обезоружили бы его гнѣвъ. Иногда, наконецъ, виновникъ не руководится тѣмъ эгоистическимъ мотивомъ, наличностію котораго обусловливается тяжесть даннаго преступленія, напр. кто либо побуждаетъ должностное лицо къ утайкѣ, не имѣя своекорыстнаго намѣренія, или склоняетъ другаго къ кровосмѣшенію.

Въ результатѣ полнаго отождествленія виновника и дѣятеля происходитъ то, что мѣра наказанія виновника, опредѣляясь совершеніемъ преступленія, ставится въ зависимость отъ такого обстоятельства, которое, по отношенію къ нему является совершенно случайнымъ. Законодательство, заключаетъ авторъ, поступитъ цѣлесообразнѣе, не помѣщая въ общей части кодекса постановленія

объ одинаковой наказуемости виновника и дѣятеля и ограничиваясь уравненіемъ ихъ наказуемости лишь при отдѣльныхъ преступленіяхъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда въ пользу такого уравненія могутъ служить юридическія основанія.

II.

Langenbeck, Die Lehre von Theilnahme am Verbrechen, 1868 г., стр. 145 и слѣд.

Обыкновенно называютъ интеллектуальнымъ виновникомъ или подстрекателемъ того, кто умышленно опредѣляетъ волю другаго лица къ совершенію преступленія. Но такое опредѣленіе, при ближайшемъ его анализѣ, не выдерживаетъ критики; нельзя говорить объ опредѣленіи воли (von einem Determiniren des Willens) другаго лица, такъ какъ здѣсь между причиною и слѣдствіемъ всегда (какъ бы ни были принудительны, сами по себѣ, употребленныя средства) будетъ стоять свободное самоопредѣленіе подстрекнутаго. Волю другаго лица нельзя направить (bestimmen) какъ направляютъ орудіе, силу природы; другое лицо можетъ только само себя опредѣлить къ дѣйствію. Правильнѣе былобы поэтому охарактеризировать подстрекателя, какъ лицо, которое умышленно оказываетъ такое интеллектуальное воздѣйствіе на другаго, что этотъ послѣдній опредѣляетъ себя къ преступленію. Der Anstifter ist Schöpfer der verbrecherischen Absicht, sie hat ihren Ursprung in seiner Denkthätigkeit, er führt sie aber nicht selbst aus, sonder bedient sich zum Zweck ihrer Verwirklichung der Thätigkeit des Angestifteten. Ist aber dieser gezeigtermassen der intellectuellen Einwirkung des Anstifters gegenüber durchaus frei, so erscheint er seinerseits auch selbst als Urheber, er begeht ein Verbrechen, welches er selbst will, befördert nicht blos (wie der Gehülfe) das Verbrechen eines Andern, er verübt sein eigenes.

Изъ самаго опредѣленія понятія подстрекательства вытекаетъ невозможность кульпознаго подстрекательства. Интеллектуальный виновникъ необходимо долженъ имѣть умыселъ на совершеніе преступленія, который бы онъ могъ сообщить другому. Wer darauf ausgeht, eine fremde Subjectivität und deren freie Causalität als Mittel für sich zu setzen, kann dieses nur

behufs Realisirung eines Zwecks, mithin nur absichtlich thun. Нельзя конечно возражать противъ того, что лицо можетъ, безъ всякаго умысла, побудить другаго къ совершенію преступленія (неосторожно вырвавшимся словомъ, своимъ собственнымъ примѣромъ и т. п.), но оно тогда не будетъ интеллектуальнымъ виновникомъ преступленія, въ юридическомъ смыслѣ этого слова, и вообще не можетъ подлежать уголовной карѣ. Тамъ, гдѣ нѣтъ дѣятеля въ смыслѣ свободно дѣйствующаго субъекта, существуетъ только мнимое подстрекательство (liegt nur scheinbar Anstiftung vor), причемъ тотъ, кто, повидимому, является подстрекателемъ, на самомъ дѣлѣ совершаетъ преступленіе одинъ и долженъ считаться единственнымъ его виновникомъ, несмотря на наличность дѣятельности другаго лица, такъ какъ здѣсь другое лицо не *дѣйствуетъ*, его дѣйствіе аналогично дѣйствію стихійныхъ силъ или животнаго, приведенныхъ человѣкомъ въ движеніе. Сюда относятся слѣдующіе случаи (неправильно охарактеризованные Heffter'омъ выраженіемъ «unfreiwillige Complicität», такъ какъ такое понятіе заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе):

1) когда кто либо пользуется для выполненія умышленнаго имъ преступленія дѣятельностію невмѣняемаго субъекта, или

2) вводитъ другое лицо въ заблужденіе *), или невѣдѣніе относительно значенія совершаемаго послѣднимъ дѣйствія, или пользуется его заблужденіемъ и невѣдѣніемъ, вслѣдствіе чего преступное намѣреніе перваго остается для этого лица совершенно неизвѣстнымъ.

3) Когда лицо посредствомъ vis absoluta принуждаетъ другаго къ учиненію дѣйствія, или къ бездѣйствованію, влекущимъ за собою противозаконное послѣдствіе. Если напр. X насильственно овладѣваетъ рукой У и наноситъ ею ударъ Z въ високъ, то виновникомъ преступленія является не У, а одинъ X, ибо о *дѣйствіи* со стороны У не можетъ быть рѣчи: онъ является только орудіемъ, машиною.

4) когда дѣятель побуждается безусловно обязательнымъ для него приказомъ къ дѣйствованію или бездѣйствію, сопровождавшимся противозаконнымъ послѣдствіемъ. Вопросъ о томъ, какой мотивъ ру-

---

*) Если ошибка со стороны дѣятеля является неизвинительною, то имѣются два делинквента: долозный и кульпозный, но не соучастники, ибо для этого имъ недостаетъ общности преступнаго умысла.

ководилъ подстрекателемъ и какой былъ у подстрекнутаго, и существовала ли между ними въ этомъ отношеніи солидарность, представляется для понятія пострекательства безразличнымъ. Das Motiv kann zwar ein gleiches sein, insofern aber der Handelnde im Motive sich gerade in seiner Individualität geltend macht und bei allen Handlungen sein individuelles Interesse hat, wird sich überhaupt wohl kaum von einem geimensamen Motive reden lassen. Неправильно было бы поэтому утверждать, что подстрекательство немыслимо, гдѣ подстрекатель не могъ руководиться при учиненіи преступленія обычнымъ мотивомъ (nicht von dem gewöhnlichen Motive zum Verbrecher bewogen sein könne) какъ напр. что невозможно подстрекательство къ прелюбодѣянію или изнасилованію тамъ, гдѣ отсутствуетъ мотивъ удовлетворенія собственнаго чувственнаго желанія.

Лицо можетъ сдѣлаться подстрекателемъ различнымъ образомъ, а именно: 1) посредствомъ порученія (mandatum) совершить преступленіе, причемъ такое порученіе можетъ быть выражено не только словесно, но и знаками и конклюдентными дѣйствіями, лишь бы смыслъ ихъ былъ понятенъ подстрекаемому. Напротивъ, нельзя допустить такъ наз. молчаливаго подстрекательства, разумѣя подъ нимъ тотъ случай, когда кто либо замѣчаетъ преступную дѣятельность другаго и умалчиваетъ объ этомъ. Съ одной стороны слѣдуетъ принять во вниманіе, что тотъ, кто уже началъ приводить въ исполненіе свой преступный умыселъ, не можетъ затѣмъ быть побуждаемъ къ тому молчаніемъ, а съ другой—что дѣятель не можетъ знать, почему другое лицо молчитъ; тотъ кто хранитъ молчаніе, еще не освоиваетъ себѣ этимъ путемъ дѣйствія другаго, и дѣятель не можетъ сказать, что онъ дѣйствовалъ за счетъ этого человѣка. Равнымъ образомъ, совершенно несостоятельно то мнѣніе, что послѣдующее одобреніе (Ratihabitio) дѣйствій виновнаго можно считать равносильнымъ порученію - положеніе, перенесенное изъ римскаго jus privatum въ область уголовнаго права. Тотъ, кто началъ совершеніе дѣянія тогда, когда другое лицо еще не принимало въ немъ никакого участія, очевидно не можетъ быть побуждаемъ къ совершенію этого дѣянія позднѣе послѣдовавшимъ одобреніемъ со стороны другаго. Но въ ratihabitio преступленія, находящагося въ періодѣ выполненія, можетъ заключаться поощреніе къ доведенію его до конца, которое, смотря по обстоятельствамъ, можетъ быть разсматриваемо, какъ совиновничество, или же какъ пособничество (als Miturheberschaft oder Beihülfe).

2) Посредствомъ приказанія. Послѣднее въ сущности также не болѣе какъ порученіе совершить преступленіе, но при этомъ лицо, получающее такое предложеніе, состоитъ въ особыхъ отношеніяхъ къ лицу, его дающему, вслѣдствіе чего, по общему правилу, освобождается отъ наказанія за выполненіе приказа

3) Посредствомъ *vis compulsiva.*[1] Нѣкоторые приравниваютъ vis compulsiva къ vis absoluta, исходя изъ мысли, что принужденіе и свобода взаимно исключаютъ другъ друга. Безъ сомнѣнія психическое состояніе, вызванное угрозою, можетъ достигнуть до той степени напраженія, когда испуганный совершенно не знаетъ, что дѣлаетъ, поступаетъ, слѣдовательно, безсознательно и если дѣйствія его соотвѣтствуютъ волѣ принудителя, то нельзя конечно сказать про него, что онъ „дѣйствовалъ", и единственнымъ виновникомъ происшедшаго является въ этомъ случаѣ принудитель. Но внѣ этого случая имѣетъ силу положеніе римскаго права coactus voluit, т. е. принужденный къ совершенію преступленія остается физическимъ виновникомъ. Вопросъ о наказуемости такого лица остается открытымъ и рѣшеніе его зависитъ отъ рѣшенія другаго вопроса о томъ, существовалъ ли въ данномъ случаѣ metus, qui in constantem virum potest cadere. 4) Просьба безъ сомнѣнія есть средство подстрекательства. Она является, какъ и приказъ, извѣстнымъ родомъ mandatum; только здѣсь поручающій является лицомъ зависимымъ, по отношенію къ тому, которому даетъ порученіе. 5) Намѣренное введеніе въ заблужденіе или пользованіе таковымъ является нерѣдко средствомъ подстрекательства (если только ошибка не устраняетъ вмѣненія). Напр. А посредствомъ ложныхъ сообщеній возбуждаетъ въ Б гнѣвъ, вслѣдствіе чего Б подвергаетъ С истязанію, на причиненіе котораго былъ направленъ умыселъ А. 6) Похвала и одобреніе могутъ служить интеллектуальнымъ пособничествомъ или также и средствомъ подстрекательства; послѣднее возможно особенно тогда, если то лицо, которое другой хочетъ подстрекнуть на совершеніе преступленія, вообще придаетъ его сужденію большой вѣсъ, или же прямо ставитъ совершеніе преступленія въ зависимость отъ его одобренія. 7) Совѣтъ причислялся еще италіанскими криминалистами къ средствамъ подстрекательства. Henke по этому поводу говоритъ: „хотя въ большинствѣ случаевъ совѣтующій будетъ являться только пособникомъ, но есть и такіе случаи, въ которыхъ даже возникшая безъ посторонняго содѣйствія преступ-

ная мысль созрѣваетъ и возвышается на степень твердой рѣшимости лишь вслѣдствіе убѣжденія другаго лица, вслѣдствіе изображенія выгодъ отъ преступленія, умаленія значенія тѣхъ трудностей и опасностей, которыя сопряжены съ его выполненіемъ, указанія годныхъ для выполненія средствъ и т. п. При этомъ, однако, предполагается, что совѣтъ былъ данъ не въ общей только формѣ—совершить какое либо преступленіе, но что указаны были и средства къ выполненію преступленія и что послѣднее не было возможно безъ такого указанія. Такъ напр. недостаточно, если А, по поводу жалобъ Б на свои стѣсненныя денежныя обстоятельства, далъ ему совѣтъ «украсть, такъ какъ богатыхъ людей много», а необходимо, чтобы онъ посовѣтовалъ совершить опредѣленную кражу, напр. у X, посредствомъ взлома. Необходимо также опредѣлить, былъ ли у совѣтующаго animus совершить преступленіе или онъ желалъ только помочь его совершенію

Выраженіе желанія справедливо разсматривается многими криминалистами также, какъ средство подстрекательства. Бернеръ высказывается противъ на томъ основаніи, что волевое движеніе, выражающееся въ этой формѣ, является, такъ сказать, глухимъ, которому еще не присуще никакое намѣреніе. Но, по мнѣнію автора, тамъ, гдѣ, по конкретнымъ условіямъ даннаго случая, animus instigandi того, кто выражаетъ желаніе, является внѣ всякаго сомнѣнія, надлежитъ признать существованіе подстрекательства.

Подстрекательство наказуемо не само по себѣ, а только тогда, если подстрекнутый совершилъ по меньшей мѣрѣ дѣйствіе, составляющее наказуемое покушеніе. До этого момента дѣятельность подстрекателя является простымъ приготовленіемъ, стоящимъ внѣ сферы уголовноюридической реакціи; онъ только еще старается добыть средство для совершенія преступленія; кромѣ того не слѣдуетъ забывать, что выбранное имъ средство есть свободная личность (eine freie Persönlichkeit) и все пока зависитъ отъ нея, пожелаетъ ли она объективировать волю подстрекателя или нѣтъ, а потому въ это время личность подстрекаемаго не есть вовсе *дѣйствительное* средство, а самое бóльшее, что можетъ быть названа *возможнымъ* средствомъ совершенія преступленія. Bar идетъ еще далѣе: „дѣятель, говоритъ онъ, который сознаетъ и долженъ сознавать свободу подстрекаемаго субъекта, ставитъ самую дѣйствительность своего подстрекательства въ зависимость отъ свободной причины, а слѣдовательно, и самъ окончательно опредѣ-

ляется къ дѣйствію только тогда, когда подстрекаемый рѣшается на преступленіе“. Даже съ полученіемъ согласія лица, избраннаго для выполненія преступленія, подстрекатель еще не обладаетъ такимъ средствомъ, которымъ онъ можетъ располагать, воспользоваться для своихъ цѣлей. Онъ находится въ положеніи лица, рѣшившагося на убійство и только еще получившаго отъ другаго обѣщаніе снабдить его оружіемъ. Съ другой стороны, начиная съ того момента, когда подстрекнутый сдѣлался дѣйствительнымъ представителемъ подстрекателя (sobald der Angestiftete reeller Repräsentant des Austifters geworden ist), оба они являются *одною личностью.* Нельзя поэтому подвергать довѣрителя (den Repräsentirten) наказанію, когда его уполномоченный (der Repräsentant) остается ненаказуемымъ, а наказуемость послѣдняго имѣетъ мѣсто только тогда, когда онъ дѣйствительно началъ выполненіе преступленія (wenn er er zu einem eigentlichen Anfange der Ausführung geschritten wäre).

Весьма спорный вопросъ о томъ, отвѣтствуетъ ли подстрекатель за все то, что совершилъ подстрекнутый, если послѣдні является alias facturus, т. е. рѣшился на преступленіе или вслѣдствіе подстрекательства со стороны третьяго лица, не можетъ быть разрѣшенъ категорически ни въ положительную, ни въ отрицательную сторону. Такъ возможно, что мотивы, имѣющіеся на готовѣ у подстрекаемаго, нисколько не усиливаются вслѣдствіе дѣятельности подстрекателя, но возможно также, что мотивы, побуждавшіе уже подстрекаемаго принять опредѣленное рѣшеніе, затѣмъ утратили свое вліяніе, прежде чѣмъ онъ перешелъ къ дѣйствованію. Въ первомъ случаѣ мотивы, присоединившіеся къ тѣмъ, которые уже имѣлись, являются совершенно излишними и потому нельзя назвать того, кто ихъ внушаетъ, интеллектуальнымъ творцомъ дѣянія, онъ, слѣдовательно ненаказуемъ; напротивъ того, во второмъ случаѣ, гдѣ первоначальные мотивы перестаютъ быть достаточными и тѣмъ не менѣе подстрекнутый совершаетъ наказуемое дѣяніе, подстрекателя должно постигнуть наказаніе, ибо внушенные имъ мотивы постепенно привели физическаго агента къ дѣятельности.

Существенныя трудности представляетъ случай т. наз. эксцесса подстрекнутаго. То, что совершается физическимъ виновникомъ безъ порученія (въ широкомъ смыслѣ) подстрекателя, является, по отношенію къ послѣднему, или I) случаемъ (casus), или II) вмѣнимо ему за dolus, или III) вмѣнимо ему за culpa.

Ad. I относятся: 1) тотъ случай, когда физическій виновникъ совершаетъ болѣе того, что умыслилъ подстрекатель, *по собственному побужденію*; очевидно, что никому не можетъ быть вмѣнено въ вину то, на что онъ не подстрекалъ вовсе; 2) тотъ случай, когда физическій виновникъ совершаетъ иное (качественно) преступное дѣяніе, чѣмъ то, которое было ему внушено, будетъ ли таковое болѣе тяжкимъ или болѣе легкимъ. Здѣсь можно бы признать развѣ неосторожное подстрекательство, еслибы таковое было вообще допустимо; 3) подстрекатель является, далѣе, неотвѣтственнымъ за такое послѣдствіе дѣятельности подстрекнутаго, которое и по отношенію къ этому послѣднему является чисто случайнымъ.

Ad. II. Напротивъ того, подстрекателю должно быть вмѣнено за dolus: 1) всякое дѣяніе, которое, въ качествѣ средства для выполненія преступленія, было необходимо и 2) всякое преступленіе, возникшее изъ умышленнаго злодѣянія, какъ его неизбѣжное слѣдствіе, если притомъ неизбѣжность такого результата была подстрекателю извѣстна.

Ad. III. Если дѣятельность подстрекнутаго вполнѣ соотвѣтствуетъ намѣренію подстрекателя, то послѣднему должно быть также вмѣнено за culpa то, чего онъ хотя и не желалъ, но однако могъ или долженъ былъ предвидѣть, какъ слѣдствіе своего воздѣйствія на подстрекнутаго (als Folge seiner Einwirkung).

Спорнымъ представляется также вопросъ о томъ, какое вліяніе на наказуемость подстрекателя имѣетъ протеченіе извѣстнаго времени отъ подстреканія до совершенія преступнаго дѣянія. Нѣкоторые совершенно справедливо держатся того мнѣнія, что рѣшительно все равно, сколько бы времени ни протянулось между этими моментами, хотя бы даже промежутокъ былъ столь значителенъ, что подстрекатель совершенно позабылъ о своемъ дѣйствіи. Ибо съ одной стороны нельзя допустить возможность молчаливаго revocatio mandati, а съ другой конечно невозможно утверждать, чтобы простой ходъ времени былъ способенъ уничтожить силу дѣйствія, въ которомъ выразилось подстрекательство. Нѣкоторые полагаютъ, что установленный для погашенія преступленія давностный срокъ долженъ исчисляться съ момента окончанія дѣйствія, составляющаго подстрекательство. Такъ, если напр. X предложилъ 1 мая 1848 г. Z учинить пре-

ступленіе, погашаемое пятилѣтнею давностью, и послѣдній таковое выполнилъ 1 мая 1850, то для X давность истекаетъ уже 1 мая 1853 г., тогда какъ для Z она должна истечь лишь 1 мая 1855 г. Но такое воззрѣніе рѣшительно неправильно, ибо, какъ было выше замѣчено, интеллектуальное виновничество является оконченнымъ не тогда, когда выполнено дѣйствіе, составляющее подстрекательство, но лишь когда со стороны физическаго виновника послѣдовало дѣйствительное выполненіе самаго преступленія (или по крайней мѣрѣ покушеніе на таковое), а потому теченіе давности начинается только съ послѣдняго акта выполненія преступленія (mit dem letzten Acte der Ausführungshandlung).

Что касается вопроса о сравнительной наказуемости интеллектуальнаго и физическаго виновниковъ, то старые юристы полагали, что первый долженъ всегда подлежать болѣе строгому наказанію, такъ какъ, являясь самъ преступникомъ, онъ сверхъ того дѣлаетъ преступникомъ и другое лицо. Обратное мнѣніе равнымъ образомъ находило себѣ защитниковъ, причемъ какъ первые, такъ и вторые исходили изъ совершенно ложныхъ посылокъ, заимствованныхъ изъ области морали, игнорируя въ тоже время дѣйствительныя фактическія условія.

Такъ какъ подстрекатель самъ желаетъ преступленія и съ этою цѣлью пользуется подстрекнутымъ въ качествѣ средства совершенія умышленнаго имъ дѣянія, то можно съ полнымъ правомъ сказать, что то, что произошло, совершено имъ. Da die intellectuelle Einwirkung Grund dessen ist, was den Grund der Existenz des Verbrochenen (sei dieses eine vollendete That oder ein Versuch derselben) ausmacht, so ist sie eben deshalb auch Grund des letzteren. Если бы онъ избралъ средствомъ совершенія стихійную силу (напр. огонь), никому бы не пришло въ голову оспаривать, что послѣдствіе воспроизведено имъ, хотя бы имъ было употреблено такое средство, о которомъ нельзя было съ увѣренностью сказать, что оно in concreto возъимѣетъ ожидаемое отъ него дѣйствіе. То обстоятельство, что вмѣсто стихійной силы, подстрекатель избралъ свободную личность, не даетъ права утверждать, что все, что учинено при этихъ условіяхъ есть нѣчто случайное, ибо вслѣдствіе того, что онъ совершенно отдался на волю свободнаго субъекта, дѣйствія послѣдняго, являющіяся сами по себѣ случайными, для него перестаютъ быть таковыми. Если, послѣ всего сказаннаго, на учиненное физическимъ агентомъ дѣйствіе должно смотрѣть такъ, какъ

бы оно было совершено непосредственно самимъ интеллектуальнымъ виновникомъ, а съ другой стороны физическаго агента надлежитъ считать дѣйствительнымъ виновникомъ учиненнаго имъ преступленія, хотя первый импульсъ къ тому исходилъ не отъ него самаго, то становится совершенно яснымъ, что оба подлежатъ тому наказанію, которое опредѣлено за совершеніе даннаго преступленія или покушеніе на таковое. Этимъ конечно не исключается возможность того, что на долю интеллектуальнаго виновника или физическаго выпадетъ болѣе строгое, или же менѣе тяжкое наказаніе, если съ личностью одного изъ нихъ связаны такія увеличивающія или уменьшающія наказуемость обстоятельства, кои отсутствуютъ въ лицѣ другаго. Jeder von ihnen will zwar ein und dasselbe Verbrechen, jeder will aber doch die Handlung immer als seine eigene. Jeder steht nur für sein Eigenes ein, auch der intellectuelle Urheber für die Handlung des physichen nur insoweit, als er sein Eigenes darin erkennt.

Какъ ни далеко расходятся мнѣнія криминалистовъ по вопросу о томъ, какое вліяніе имѣетъ происшедшая въ подстрекателѣ перемѣна намѣренія на его наказуемость, можно считать единогласно принятымъ, въ виду его очевидности, то положеніе, что перемѣна намѣренія, не проявляющаяся во внѣшнихъ дѣйствіяхъ лица (welche nicht äusserlich thätig wird), равно какъ и такая перемѣна намѣренія, которая хотя и не остается только внутреннимъ дѣйствіемъ, но получаетъ характеръ отступленія лишь послѣ выполненія преступленія, не можетъ имѣть никакого значенія для наказуемости подстрекателя. Напротивъ того, если послѣдній сообщаетъ подстрекнутому объ измѣненіи имъ своего намѣренія re integra и преступленіе всетаки выполняется, то здѣсь необходимо различать слѣдующіе случаи: 1) если дѣйствіе совершенія все еще можетъ быть разсматриваемо какъ слѣдствіе интеллектуальнаго воздѣйствія, какъ слѣдствіе возбужденной въ подстрекнутомъ страсти, гнѣва, чувства мести или другаго какого-либо его личнаго интереса, то дѣяніе вмѣнимо въ вину подстрекателю. Ибо послѣдній избралъ средствомъ совершенія первоначально задуманнаго имъ преступленія свободную личность и если теперь онъ не въ состояніи прекратить дѣйствія этого средства объявленіемъ о томъ, что онъ измѣнилъ прежнее намѣреніе, то для него положеніе вещей остается тоже самое, какъ если бы онъ привелъ въ движеніе стихійную силу (напр. огонь) и подъ вліяніемъ раскаянія

тщетно старался бы воспрепятствовать наступленію послѣдствій своего образа дѣйствій; если признать подстрекателя въ этомъ случаѣ ненаказуемымъ, то пришлось бы допустить безнаказанность его и тогда, если онъ въ дѣйствительности не думалъ измѣнять своего намѣренія, а напротивъ того желаетъ какъ прежде, такъ и теперь, чтобы преступленіе совершилось, и только въ видахъ избѣжанія наказанія или изъ какого либо иного побужденія, даетъ ничего недоказывающее объясненіе о своемъ отступленіи отъ предположеннаго выполненія преступнаго дѣянія. Сказанное относится и къ тому случаю, когда подстрекатель не довольствуется простымъ взятіемъ назадъ своего предложенія, а хочетъ собственною дѣятельностью, напр. донесеніемъ начальству, достигнуть того, чтобы начатое подстрекнутымъ совершеніе преступленія, уже находящагося на степени наказуемаго покушенія, осталось по крайней мѣрѣ невыполненнымъ. Многіе криминалисты склоняются къ избавленію въ этомъ случаѣ подстрекателя отъ наказанія, но это значило бы, говоритъ авторъ, позволить себѣ увлечься простою чувствительностью, ибо если принять въ соображеніе, что подстрекнутаго должно постигнуть въ такихъ случаяхъ наказаніе и что подстрекатель является отвѣтственнымъ за всякое наказуемое покушеніе подстрекнутаго, то строго юридической послѣдовательности слѣдуетъ отдать предпочтеніе передъ этимъ сентиментальнымъ увлеченіемъ. 2) Напротивъ того, подстрекатель долженъ оставаться ненаказуемымъ, когда выполненное преступленіе или покушеніе представляется дѣйствіемъ, совершенно независимымъ отъ предшествовавшаго ему подстрекательства. Въ подобныхъ случаяхъ совершеніе преступленія исходитъ изъ другихъ мотивовъ и никого нельзя сдѣлать отвѣтственнымъ за такія дѣйствія, въ коихъ не выражается его интеллектуальное воздѣйствіе.

Наконецъ, если преступная воля подстрекателя остается по прежнему твердою, а подстрекнутый измѣняетъ свое намѣреніе, и притомъ ранѣе, чѣмъ приступить къ совершенію преступленія, то ни онъ, ни подстрекатель ненаказуемы. Если же добровольное отступленіе физическаго агента происходитъ позже, то a) по мнѣнію однихъ криминалистовъ, это обстоятельство не освобождаетъ подстрекателя отъ наказанія даже при полной безнаказанности подстрекнутаго, ибо отступленіе физическаго агента есть фактъ, стоящій внѣ всякой зависимости отъ воли подстре-

кателя и потому послѣдній подлежитъ наказанію за покушеніе перваго, которое является осуществленіемъ, хотя и неполнымъ, его воли, оставшейся неизмѣненною; б) другіе криминалисты, аргументація коихъ, по мнѣнію автора, представляется болѣе правильною, разсуждаютъ слѣдующимъ образомъ: подстрекатель желаетъ преступленія *лишь насколько* онъ можетъ побудить другое лицо къ его физическому выполненію; онъ ставитъ свою преступную попытку (sein verbrecherisches Unternehmen) въ полную зависимость отъ того, что физическій агентъ не только начнетъ свою дѣятельность, но и будетъ ее продолжать. Прекращеніе преступленія со стороны физическаго виновника совершается, слѣдовательно, если и противъ желанія, однако и не противъ воли подстрекателя (wenn auch gegen den Wunsch, so doch nicht gegen den Willen des Anstifters), такъ какъ онъ сознательно поставилъ цѣлый преступный планъ въ зависимость отъ воли подстрекнутаго (da er den ganzen Plan von dem Willen des Angestifteten abhängig gemacht hat und abhängig machen wollte), и, слѣдовательно не подлежитъ наказанію.

III.

Geyer, Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung
(im Holtz. Handb., изд. 1871 г., стр. 337 и слѣд.)

Подстрекатель (интеллектуальный, психическій, психологическій, моральный, посредственный виновникъ или виновникъ въ узкомъ смыслѣ, auctor criminis), по опредѣленію Geyer'а, тотъ, кто намѣренно опредѣлилъ умышленнаго виновника (den dolosen Thäter) преступленія (оконченнаго или оставшагося на степени покушенія) къ совершенію преступленія. При этомъ предполагается, что подстрекнутый дѣятель самъ дѣйствовалъ умышленно, т. е. что подстреканіе, являясь опредѣляющимъ воздѣйствіемъ на подстрекнутаго, не исключало однако въ послѣднемъ свободы воли. Auf diese Weise ergibt sich Zurechenbarkeit des Verbrechens einerseits für den Angestifteten, sofern er eben nicht durch die fremde Einwirkung in einen Zustand versetzt wird, welcher ihm unmöglich macht eine Gegenwirkung gegen die anstiftende Thätigkeit auszuüben, so dass er also die Möglichkeit der Selbstbeherrschung verliert—Zurechenbarkeit der That andererseits für den Anstifter, welcher durch die gelungene Anstiftung mit der That in Caussalzusammenhang getreten ist. Съ другой стороны для отвѣт-

ственности подстрекателя необходимо, чтобы онъ дѣйствительно вступилъ, чрезъ посредство подстрекательства, въ причинную связь съ дѣяніемъ. Если поэтому дѣятель опредѣлился къ дѣянію совсѣмъ не тѣми мотивами, которые были внушены ему подстрекателемъ, то, съ исчезновеніемъ причинной связи, отпадаетъ и самое подстрекательство; напротивъ, подстрекатель остается отвѣтственнымъ въ томъ случаѣ, если подстрекнутый опредѣлился не тѣми только побужденіями, которыми подстрекатель на него вліялъ, но кромѣ того и иными мотивами; достаточно, чтобы подстрекающая дѣятельность содѣйствовала возникновенію преступнаго намѣренія. Отсюда далѣе слѣдуетъ, что коль скоро лицо, совершающее преступное дѣяніе, дѣйствовало при этомъ безъ преступнаго умысла, то существуетъ лишь мнимое подстрекательство (scheinbare Anstiftung). Послѣднее имѣетъ мѣсто: 1) когда лицо неумышленно (ohne Dolus) побуждаетъ другого къ совершенію дѣйствія, сопровождающагося кульпознымъ послѣдствіемъ. Въ этомъ случаѣ какъ тотъ, такъ и другой могутъ подлежать наказанію лишь за culpa; 2) когда лицо опредѣляетъ другаго къ дѣйствію возбужденіемъ въ немъ ошибочнаго представленія, или пользуясь его заблужденіемъ (причемъ безразлично, извиняетъ ли ошибка дѣятеля вполнѣ, или же обосновываетъ его отвѣтственность за culpa). Тотъ, кто возбуждаетъ такую ошибку или пользуется ею, не будетъ подстрекателемъ, какъ это ясно изъ самого понятія подстрекательства, а является отвѣтственнымъ за происшедшее поврежденіе какъ виновникъ, и притомъ какъ виновникъ умышленный; онъ исполнитель умышленнаго преступленія; лицо же, кульпозно содѣйствовавшее ему, является только орудіемъ или средствомъ, которымъ онъ воспользовался. При этомъ предполагается однако, что рѣчь идетъ не о такомъ преступленіи, для законнаго состава котораго требуется особое личное качество, коимъ не обладаетъ мнимый подстрекатель (напр. качество должностнаго лица). Въ такихъ случаяхъ, когда то именно преступленіе, которое учинено мнимо подговореннымъ, не можетъ быть вмѣнено въ вину подстрекателю, послѣдній, смотря по обстоятельствамъ, можетъ отвѣчать за иное самостоятельное преступленіе; 3) тоже относится и къ тому случаю, когда подстрекнутымъ будетъ лицо неспособное ко вмѣненію; то обстоятельство, зналъ подстрекатель, или нѣтъ, о невмѣняемости подстрекнутаго, имѣетъ значеніе лишь для опредѣленія мѣры наказанія; 4) само собою понятно, что подстрекательство не имѣ-

етъ мѣста тамъ, гдѣ одно лицо вынуждаетъ другаго къ преступной дѣятельности посредствомъ т. наз. физическаго или механическаго принужденія (vis absoluta); если средствомъ понужденія является угроза, то вопросъ сводится къ тому, утратилъ ли угрожаемый, вслѣдствіе угрозы, психическую свободу (способность къ самообладанію) въ отношеніи къ преступной волѣ или же, находясь подъ давленіемъ угрозы, дѣйствовалъ тѣмъ не менѣе съ психическою (хотя и уменьшенною) свободою; въ первомъ случаѣ угрожающій является непосредственнымъ исполнителемъ (Thäter), во второмъ, подстрекателемъ. Само собою разумѣется, что подстрекательство, посредствомъ употребленія физической силы, возможно, если послѣдняя является съ характеромъ vis compulsiva и лицо,подвергаемое насильственнымъ дѣйствіямъ, не утратило вслѣдствіе этого свободы самоопредѣленія.

Подстрекательство подлежитъ наказанію лишь какъ содѣйствованіе учиненію наказуемаго по закону дѣянія, а не какъ самостоятельное преступленіе, влекущее уголовную кару и въ томъ случаѣ, если подстрекнутый совершилъ что-либо не преступное. Въ самомъ дѣлѣ, если простой умыселъ, принятіе преступной рѣшимости сами по себѣ еще не наказуемы и для наличности эпрступленія требуется, чтобы къ этому внутреннему процессу присоединилось по меньшей мѣрѣ дѣйствіе, имѣющее характеръ покушенія, то нельзя признать наказуемымъ и того, кто только содѣйствовалъ возникновенію преступной рѣшимости. На этомъ основаніи такъ называемое неудавшееся подстрекательство, или покушеніе на подстрекательство ненаказуемо, хотя впрочемъ многіе криминалисты и нѣкоторыя законодательства придерживаются противнаго взгляда. Такъ называемое покушеніе на подстрекательство обнимаетъ собою три случая: 1) когда подстрекателю вовсе не удается вызвать въ подстрекаемомъ преступное намѣреніе (неудавшееся подстрекательство); 2) когда подстрекателю удается вызвать въ подстрекнутомъ рѣшимость на совершеніе преступленія, но затѣмъ послѣдній не приступаетъ къ выполненію (такъ называемое безрезультатное подстрекательство); 3) подстрекатель наталкивается на omni modo facturus, т. е. на такого субъекта, который и безъ того уже рѣшился на преступленіе и котораго, слѣдовательно, нельзя подстрекнуть на преступленіе. Въ первыхъ двухъ случаяхъ подстрекатель ненаказуемъ безусловно; въ послѣднемъ онъ можетъ быть наказанъ, насколько онъ способство-

валъ своимъ психическимъ вліяніемъ укрѣпленію преступной воли въ другомъ лицѣ, являясь въ этомъ случаѣ психическимъ пособникомъ.

Вопросъ о томъ, можетъ ли быть признаваемъ тотъ или другой способъ психическаго воздѣйствія годнымъ средствомъ подстрекательства, вопросъ служившій въ теченіе цѣлыхъ столѣтій предметомъ безконечныхъ споровъ между криминалистами, въ новѣйшее время разрѣшается доктриною въ томъ смыслѣ, что внѣшнія формы, въ которыхъ выражается подстрекательство, такъ же безконечно разнообразны, какъ и всѣ вообще проявленія душевной жизни, и потому не могутъ быть втиснуты въ немногія отвлеченныя категоріи, что въ каждомъ конкретномъ случаѣ центръ тяжести лежитъ въ томъ, что вліяніе подстрекателя сдѣлалось, согласно его намѣренію, по крайней мѣрѣ, однимъ изъ мотивовъ, опредѣлившихъ дѣятеля къ преступленію. Безъ сомнѣнія, для опредѣленія мѣры наказуемости какъ подстрекнутаго, такъ и подстрекателя, не безразлично, то обстоятельство, насколько сильно было воздѣйствіе со стороны послѣдняго и какъ велико было противодѣйствіе перваго; выразилась ли дѣятельность подстрекателя въ какомъ либо мимолетномъ актѣ, напр. брошенномъ словѣ, намекѣ, или представлялась цѣпью послѣдовательныхъ дѣйствій, вліяніе которыхъ на подстрекаемаго было систематически разсчитано. Въ послѣднемъ случаѣ обыкновенно подстрекатель обладаетъ большею энергіею воли, чѣмъ въ первомъ; но бываетъ, что и одно слово, одинъ жестъ концентрируетъ въ себѣ такую энергію, проявляетъ такую силу психическаго воздѣйствія, что подстрекатель заслуживаетъ высшей мѣры наказанія. *Внѣшнимъ формамъ, въ которыхъ выражается подстрекательство, можно придавать только симптоматическое значеніе.*

Криминалисты и положительныя законодательства обыкновенно выдвигаютъ на первый планъ слѣдующія средства подстрекательства; 1) *порученіе* (mandatum) Простое порученіе только въ рѣдкихъ случаяхъ способно, само по себѣ, воздѣйствовать, какъ подстрекательство. Обыкновенно въ этомъ случаѣ между подстрекнутымъ и подстрекателемъ существуетъ особое отношеніе, основанное на власти, авторитетѣ, уваженіи или симпатіи, вслѣдствіе чего каждое выраженное лицомъ желаніе является въ высшей степени сильнымъ побужденіемъ къ дѣйствованію; 2) *совѣтъ* часто противополагаютъ порученію, какъ дѣйствованіе въ интересѣ другаго, которое поэтому обосновываетъ только пособничество. Но,

во 1-хъ, то обстоятельство, чей интересъ имѣло въ виду лицо, дающее совѣтъ, не имѣетъ рѣшающаго значенія для вопроса о подстрекательствѣ, а во 2-хъ, подъ формою совѣта можетъ маскироваться эгоистическій интересъ; что совѣтъ долженъ быть такъ называемый спеціальный, т. е. указывать на конкретное преступленіе—понятно само собою; 3) *подарки и обѣщанія и въ особенности наемъ за деньги.* Нерѣдко при этомъ первый шагъ дѣлаетъ будущій исполнитель преступленія, предлагая самъ свои услуги; онъ является такимъ образомъ »условно рѣшившимся« на преступленіе, или, лучше сказать, ставитъ совершеніе его въ зависимость отъ выполненія извѣстнаго условія; тотъ, кто умышленнымъ выполненіемъ этого условія (напр. предложеніемъ платы) вызываетъ въ другомъ преступную рѣшимость, учиняетъ подстрекательство; 4) *умышленное возбужденіе въ другомъ ошибочнаго представленія или пользованіе такимъ заблужденіемъ*, далѣе *механическая сила и угрозы* могутъ служить средствами подстрекательства, подъ тѣмъ условіемъ однако, что ими не исключается dolus того, на кого они воздѣйствуютъ. Такъ подстрекательство существуетъ, если кто-либо вызываетъ въ другомъ заблужденіе, относящееся только къ мотивамъ дѣятельности; напр. А завѣдомо ложно увѣряетъ В, что С его счастливый соперникъ въ любви, врагъ, измѣнникъ отечеству и т. п., и тѣмъ подбиваетъ его на убійство С; 5) *убѣжденіе* (persuadere), въ письменной или словесной формѣ, можетъ быть и самостоятельнымъ средствомъ подстрекательства, хотя чаще служитъ для того, чтобы сдѣлать подстрекаемаго болѣе податливымъ на принятіе совѣта или порученія; 6) *просьба* безспорно можетъ являться средствомъ подстрекательства, причемъ нѣтъ надобности характеризовать ее, какъ скрытое порученіе; 7) наконецъ подстрекательство можетъ скрываться подъ видомъ склоненія къ противоположному (unter dem Schein des Gegentheils). Приказъ, порученіе, совѣтъ, просьба чего-либо не дѣлать, даже такое отговариваніе отъ дѣйствія, которое сопровождается угрозами, могутъ быть дѣйствительнымъ способомъ подстрекательства, и притомъ цѣль можетъ быть достигнута двоякимъ путемъ, или такъ, что подъ кажущимся воспрещеніемъ подстрекаемому дается возможность распознать истинное желаніе подстрекателя, или же выраженіе нежеланія, неодобренія, отвращенія къ поступку разсчитано именно на то, что они должны вызвать въ упрямомъ, своевольномъ и самодурномъ индивидѣ желаемую подстрекателемъ преступную рѣшимость.

Что касается уклоненія подстрекнутаго отъ воли подстрекателя (такъ называемое превышеніе порученія, excessus mandati), то здѣсь необходимо различать случаи дѣйствительнаго эксцесса отъ такихъ, которые вовсе не подходятъ подъ это понятіе. Къ разряду послѣднихъ относятся случаи: 1) когда подстрекнутый дѣйствовалъ не во всемъ томъ объемѣ, какъ желалъ подстрекатель, когда, слѣдовательно, намѣреніе послѣдняго было имъ осуществлено только отчасти. Въ этомъ случаѣ отвѣтственность подстрекателя естественно опредѣляется тѣмъ, что дѣйствительно совершено. Тотъ, кто подстрекалъ къ грабежу, отвѣчаетъ, въ случаѣ совершенія кражи, лишь за это менѣе тяжкое преступленіе (съ точки зрѣнія тѣхъ криминалистовъ, которые признаютъ наказуемымъ покушеніе на подстрекательство, было бы вполнѣ послѣдовательно, замѣчаетъ Geyer, наказывать въ послѣднемъ случаѣ подстрекателя и за оконченную кражу и за покушеніе на грабежъ); 2) эксцессъ со стороны подстрекнутаго, въ собственномъ смыслѣ этого слова, не имѣетъ мѣста, если къ дѣйствію, учиненному имъ во исполненіе даннаго ему порученія, присоединились такія вредныя послѣдствія, которыя или могутъ быть вмѣнены дѣятелю за culpa, или, какъ такія, которыхъ нельзя было предвидѣть, невмѣнимы ему вовсе въ вину, напр. подговоренный къ кражѣ, при совершеніи таковой, производитъ по неосторожности пожаръ. Подстрекатель можетъ въ такихъ случаяхъ подлежитъ отвѣтственности за неосторожность исполнителя, но конечно не какъ подстрекатель; напр. если онъ самъ посовѣтовалъ исполнителю совершить кражу ночью и запастись свѣчей, зная, что въ мѣстѣ кражи находятся легко воспламеняющіяся вещества. Истинный эксцессъ заключается въ томъ, что подстрекнутый умышленно совершаетъ или качественно большее злодѣяніе или качественно иное преступленіе, чѣмъ то, на которое былъ направленъ умыселъ подстрекателя. Если превышеніе предѣловъ порученія имѣло мѣсто въ этомъ смыслѣ, то подстрекатель не можетъ отвѣчать, какъ умышленный виновникъ, за то, что имъ не было желаемо даже эвентуально.

Вопросъ о томъ, должны ли личныя качества и отношенія подстрекнутаго вліять на наказуемость подстрекателя, и, если должны, то въ какой мѣрѣ, разрѣшается, повидимому, очень просто, а именно: тѣ обстоятельства, которыя оказываютъ вліяніе только на наказуемость опредѣленнаго лица (обладаютъ субъективнымъ характеромъ),

не могутъ опредѣлять отвѣтственности другаго лица; напротивъ такія обстоятельства, которыя измѣняютъ самое существо преступленія, вліяютъ на наказуемость всѣхъ тѣхъ, которые сознательно содѣйствуютъ осуществленію этого преступленія (эти обстоятельства носятъ на себѣ т. наз. объективный характеръ). Но когда, при ближайшемъ анализѣ, приходится провести разграничивающую черту между субъективными и объективными обстоятельствами, это нерѣдко оказывается весьма труднымъ. Такъ, останавливаясь на чисто личныхъ обстоятельствахъ, относящихся къ вмѣняемости субъекта и вмѣнимости въ вину совершеннаго, нельзя не видѣть, что не всѣ изъ этихъ обстоятельствъ носятъ на себѣ характеръ субъективности въ вышеуказанномъ смыслѣ. Сюда относятся: 1) всѣ обстоятельства, устраняющія вмѣненіе. Если непосредственный исполнитель (Uebelthäter) является субъектомъ неспособнымъ ко вмѣненію: душевнобольнымъ, малолѣтнимъ, находящимся въ состояніи полнаго опьянѣнія и т. д.), то нельзя говорить о соучастіи въ преступленіи (которое вовсе не существуетъ), но мнимый подстрекатель можетъ въ такомъ случаѣ быть самъ умышленнымъ виновникомъ. 2) Если данныя обстоятельства исключаютъ только dolus, а не culpa дѣятеля, то мнимое подстрекательство превращается въ виновничество, или во всякомъ случаѣ не можетъ быть разсматриваемо, какъ подстрекательство 3) Совершенно индивидуальной оцѣнкѣ подлежитъ также вопросъ о наличности того, или другаго рода преступнаго умысла у подстрекнутаго и подстрекателя; одинъ можетъ дѣйствовать dolo eventuali, другой dolo determinato, одинъ съ аффективнымъ умысломъ, другой съ обдуманнымъ намѣреніемъ. 4) Наконецъ тѣ личныя качества, которыя не стоятъ ни въ какомъ отношеніи къ совершенному преступленію и къ предмету преступнаго посягательства, являясь съ чисто индивидуальнымъ характеромъ, не могутъ быть переносимы съ одного соучастника на другаго; такъ, кража одинаково остается имущественнымъ преступленіемъ, будетъ ли она совершена малолѣтнимъ, или совершеннолѣтнимъ, рецидивистомъ или не рецидивистомъ. Но когда индивидуальный характеръ преступленія зависитъ отъ наличности извѣстныхъ личныхъ качествъ дѣятеля, то такія личныя качества подстрекнутаго вліяютъ на наказуемость подстрекателя (предполагая конечно, что послѣдній зналъ о ихъ существованіи въ то время, какъ подстрекалъ). Въ этомъ случаѣ подстрекатель подходитъ подъ дѣйствіе того самаго уголовнаго закона,

который долженъ быть примѣненъ къ совершителю преступленія, хотя бы онъ и не обладалъ тѣми личными качествами, которыя необходимы для того, чтобы онъ самъ (въ качествѣ виновника) могъ совершить данное преступленіе. Такимъ образомъ, если не должностное лицо склоняетъ чиновника къ совершенію преступленія по службѣ, если женщина склоняетъ мужчину къ совершенію изнасилованія и т. д., то лица эти являются подстрекателями, обладая всѣми тѣми условіями, которыя входятъ въ понятіе подстрекательства. Личныя качества подстрекателя не вліяютъ, подобно нѣкоторымъ личнымъ качествамъ исполнителя, на измѣненіе состава преступленія: преступленіе получаетъ, слѣдовательно, свой характеръ не отъ личныхъ свойствъ подстрекателя, а отъ качествъ исполнителя. Тѣмъ не менѣе личныя качества подстрекателя должны получить надлежащую оцѣнку при опредѣленіи ему наказанія. Такъ если сынъ хозяина дома подстрекаетъ постороннее лицо обокрасть отца, то такая кража не будетъ привилегированною; тѣмъ не менѣе сынъ долженъ быть приговоренъ къ наказанію на основаніи постановленій закона о семейной (привилегированной) кражѣ, такъ какъ его родственныя отношенія служатъ для него субъективнымъ увеличивающимъ наказаніе обстоятельствомъ. Наказуемость подстрекателя (оставляя въ сторонѣ особыя личныя качества его или подстрекнутаго) должна опредѣляться на основаніи слѣдующаго начала: подстрекатель вообще (in thesi) заслуживаетъ одинаковаго наказанія съ подстрекнутымъ; къ нему, слѣдовательно, долженъ быть примѣненъ тотъ же уголовный законъ, на основаніи котораго опредѣляется отвѣтственность исполнителя. Die Anstiftung ist ebenso strafbare Art der Mitwirkung zu einem verbrecherischen Erfolg wie die Thäterschaft.

Этому господствующему въ доктринѣ воззрѣнію противопоставляются два другіе мнѣнія. Нѣкоторые криминалисты требуютъ для подстрекателя болѣе мягкаго наказанія, чѣмъ для подстрекнутаго, придавая особенное значеніе объективной сторонѣ преступленія, и выдвигая на первый планъ тѣлесную дѣятельность подстрекнутаго; они указываютъ на то, что дѣятель, принимая на себя выполненія дѣянія, преодолѣвая встрѣчающіяся на пути препятствія и т. д. выказываетъ тѣмъ самымъ болѣе интенсивный преступный умыселъ, чѣмъ подстрекатель, который быть можетъ и не былъ бы въ состояніи побѣдить отвращенія къ преступленію и т. д. Соображенія эти не лишены извѣстной доли истины, какъ

противовѣсъ мнѣнію тѣхъ криминалистовъ, которые придаютъ слишкомъ большое значеніе тому обстоятельству, что подстрекатель является обольстителемъ дѣятеля и почерпаетъ рѣшимость на совершеніе дѣянія изъ себя самого, тогда какъ подстрекнутый нуждался въ опредѣленіи его третьемъ лицомъ, и безъ посторонняго вліянія, быть можетъ, никогда бы не сдѣлался преступникомъ; но при этомъ упускается изъ виду то, что обольщеніе въ дѣйствительности не составляетъ преобладающей формы подстрекательства и что часто простой совѣтъ вызываетъ въ другомъ преступную рѣшимость, причемъ оказывается, что этотъ послѣдній уже самъ стоялъ на полпути къ преступленію. Съ другой стороны невѣрно и то мнѣніе, которое на этомъ основаніи приписываетъ подстрекателю вообще меньшую твердость преступнаго умысла; личное мужество не есть необходимое условіе зрѣлости преступной рѣшимости и тотъ, кто дѣйствуетъ болѣе хитростью, чѣмъ силою, не можетъ въ виду этого заслуживать болѣе мягкаго наказанія. Если принять въ соображеніе, съ одной стороны, что подстрекатель вызываетъ въ другомъ преступную рѣшимость, и тѣмъ воспроизводитъ самое преступное дѣяніе, являясь его истиннымъ виновникомъ, и что онъ не только самъ дѣлается преступникомъ, но умышленно дѣлаетъ таковымъ и другое лицо, а съ другой стороны, что преступленіе впервые приводится въ исполненіе подстрекнутымъ, который при этомъ сохраняетъ свободу самоопредѣленія, что онъ, такимъ образомъ, непосредственно и сознательно осуществляетъ то злодѣяніе, которое законъ облагаетъ наказаніемъ, то въ результатѣ должно явиться уравненіе обоихъ относительно наказуемости. Наказуемость подстрекателя и наказуемость исполнителя, въ своемъ поступательномъ движеніи, постоянно идутъ рука объ руку. Отсюда однако не слѣдуетъ, что наказуемость подстрекателя обусловливается дѣйствительнымъ наказаніемъ подстрекнутаго. Вызвавъ своею умышленною дѣятельностію совершеніе преступленія, подстрекатель остается наказуемымъ до тѣхъ поръ, пока нѣтъ такихъ условій, которыя устраняютъ его личную наказуемость. Изъ того, что покушеніе на подстрекательство вообще ненаказуемо, слѣдуетъ, что коль скоро подстрекнутый послѣ того, какъ подстрекатель вызвалъ въ немъ преступную рѣшимость, отказывается отъ приведенія ея въ исполненіе, подстрекатель долженъ оставаться безнаказаннымъ. Но если подстрекнутый отказался отъ исполненія уже по совершеніи покуше-

нія, то такое измѣненіе имъ своего первоначальнаго намѣренія, являясь чисто субъективнымъ обстоятельствомъ, не можетъ само по себѣ служить основаніемъ къ освобожденію отъ наказанія или даже къ смягченію наказанія подстрекателя; послѣдній подлежитъ въ этомъ случаѣ наказанію за соучастіе въ покушеніи на преступленіе. Что касается отступленія подстрекателя, то простое измѣненіе имъ своего намѣренія еще не можетъ сдѣлать его ненаказуемымъ. Подстрекатель освобождается отъ наказанія только при томъ условіи, если онъ воспрепятствовалъ выполненію того преступленія, къ которому онъ подстрекалъ, или же когда совершенное подстрекнутымъ преступленіе фактически (in der That) не находилось въ причинной связи съ дѣятельностью подстрекателя. Таковъ случай, когда исполнитель совершилъ то самое преступленіе, къ которому его подстрекали, но при этомъ руководился совершенно самостоятельными мотивами, напр. наемный убійца, послѣ того какъ данное ему порученіе убить извѣстное лицо и обѣщаніе за это платы взяты назадъ, совершаетъ убійство изъ ревности или съ цѣлью ограбленія и т. п. Во всякомъ впрочемъ случаѣ, если подстрекатель серьезно (ernstlich) беретъ назадъ данное имъ порученіе и затѣмъ старается (хотя и тщетно) помѣшать выполненію преступленія, обстоятельство это должно служить основаніемъ къ уменьшенію его наказанія, или, смотря по обстоятельствамъ, и къ смягченію его вины (ein Strafminderungs- nach Umständen auch ein Milderungsgrund). Тѣ же соображенія примѣнимы и къ тому случаю, когда подстрекатель только ограничиваетъ объемъ даннаго имъ порученія.

Если наказаніе подстрекателя или подстрекнутаго является невозможнымъ фактически (напр. за смертью, необнаруженіемъ или непоимкою виновнаго или въ силу помилованія), то этимъ не устраняется отвѣтственность другихъ участниковъ. Вопросъ о томъ, можетъ ли протеченіе извѣстнаго времени между моментомъ подстрекательства и моментомъ выполненія преступленія обусловливать безнаказанность подстрекателя, долженъ быть разрѣшенъ отрицательно. Хотя бы подстрекательство было выполнено чрезъ весьма долгій промежутокъ времени (напр. чрезъ нѣсколько лѣтъ), но, разъ оно послужило причиною совершенія преступленія, подстрекатель является виновнымъ въ соучастіи, если бы даже для него не было болѣе никакого интереса въ исполненіи когда то даннаго имъ преступнаго порученія, о которомъ онъ, быть можетъ, уже успѣлъ позабыть. Конечно

продолжающуюся связь подстрекательства съ выполненнымъ спустя долгое время преступленіемъ часто невозможно юридически доказать и сомнѣніе должно естественно служить въ пользу подстрекателя.

Этимъ предрѣшается вопросъ о томъ, когда начинается теченіе давности (преслѣдованія) для подстрекателя. Такъ какъ подстрекательство наказуемо, какъ соучастіе въ дѣяніи подстрекнутаго, то теченіе давности начинается для перваго съ того же момента, какъ и для втораго. Тѣ криминалисты, которые защищаютъ наказуемость и недѣйствительнаго подстрекательства, вынуждены исчислять *въ этомъ случаѣ* давностный срокъ съ момента окончанія дѣятельности подстрекателя, такъ какъ „неудавшееся подстрекательство“ является, съ ихъ точки зрѣнія, самостоятельнымъ преступленіемъ. Затѣмъ понятно, что давность присужденнаго наказанія должна быть исчисляема отдѣльно для каждаго изъ участниковъ, если они были осуждены разновременно.

Совпаденіе нѣсколькихъ подстрекателей къ совершенію одного и того же преступленія (Mitanstiftung, Miturheberschaft im engeren Sinne, Zusammentreffen mehrerer Anstifter) мыслимо различнымъ образомъ: 1) въ томъ случаѣ, когда совершителемъ преступленія является одно лицо, подстрекательство можетъ исходить: а) отъ посредствующаго между подстрекателемъ и подстрекаемымъ третьяго лица (mittelbare oder successive Anstiftung). Что подстреканіе къ подстрекательству не менѣе наказуемо, чѣмъ непосредственное подстреканіе къ виновничеству и что наказуемость перваго опредѣляется тѣми же началами, понятно само собою; б) со стороны нѣсколькихъ непосредственно вліяющихъ на дѣятеля подстрекателей; между послѣдними можно различать такъ называемыхъ случайныхъ совиновниковъ (случайныхъ соподстрекателей) отъ такихъ, которые дѣйствуютъ въ качествѣ соподстрекателей, съ сознаніемъ преслѣдуемой ими общей цѣли, причемъ въ послѣднемъ случаѣ безразлично, явилось ли такое сознательное совмѣстное подстреканіе (die bewusst gemeinsame Mitanstiftung) результатомъ предварительнаго соглашенія, или же послѣднее не имѣло мѣста. Если же совпаденіе подстрекательной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ является чисто случайнымъ, причемъ эти лица ничего не знаютъ другъ о другѣ, то каждому изъ нихъ можетъ быть вмѣнена только его обособленная вина (die isolierte Schuld), а не соучастіе (Mitschuld) въ дѣяніи другаго. Иное дѣло, если лицо дѣлается подстрекателемъ потому только, что знаетъ о томъ,

что другое лицо дѣйствуетъ совмѣстно съ нимъ; въ этомъ случаѣ первый долженъ смотрѣть на свою дѣятельность, какъ на вспомогательную по отношенію къ дѣятельности другаго лица и потому долженъ нести отвѣтственность и за послѣдствіе чужаго дѣйствія; при этомъ однако предполагается, что онъ дѣйствительно оказалъ какое либо содѣйствіе наступленію преступнаго результата, т. е. что его стреканіе послужило однимъ изъ мотивовъ, опредѣлившихъ подподстрекнутаго къ совершенію преступленія; въ противномъ случаѣ онъ виновенъ лишь въ покушеніи на подстрекательство, которое ненаказуемо. Покушеніе на подстрекательство будетъ и въ томъ случаѣ, если тотъ, кого другой желаетъ подстрекнуть къ совершенію преступленія, былъ уже подстрекнутъ къ тому какимъ-либо третьимъ лицомъ, вслѣдствіе чего еще раньше рѣшился на преступленіе. Если же покушающійся на подстрекательство alias facturus, имѣетъ въ виду укрѣпить своею дѣятельностью принятую уже послѣднимъ преступную рѣшимость, то онъ является виновнымъ въ психическомъ пособничествѣ. 2) При совершеніи преступленія нѣсколькими дѣятелями, являющимися совиновниками, возможно совмѣстное дѣйствованіе нѣсколькихъ подстрекателей по отношенію къ одному или нѣсколькимъ виновникамъ. (Объ этомъ см. ниже подъ рубрикою: „совиновники въ преступленіи")

IV.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, изд. 1881 г., стр. 393 и слѣд.

То, что умышлено, можетъ быть осуществлено или при помощи собственныхъ физическихъ силъ, или подчиненіемъ себѣ, посредствомъ психическаго воздѣйствія на другаго человѣка, его воли и физической дѣятельности, съ цѣлью побудить его выполнить умышленное дѣяніе. Психическое воздѣйствіе, предпринятое съ такимъ намѣреніемъ, является подстрекательствомъ. Отсюда подстрекательство, по отношенію къ подстрекателю, предполагаетъ, во 1-хъ что онъ умыслилъ совершить наказуемое дѣяніе и притомъ пользуясь для этого дѣятельностью подстрекнутаго въ качествѣ средства совершенія. Этимъ подстрекатель существенно отличается отъ пособника, воля котораго не направлена на учиненіе преступленія, что имъ предоставляется исключительно виновнику. Такимъ образомъ выполненіе умышленнаго подстрекателемъ

зависитъ отъ воли подстрекнутаго и для подстрекателя остается неизвѣстнымъ, удастся-ли ему этимъ путемъ достигнуть своей цѣли. Впрочемъ то обстоятельство, что подстрекатель сомнѣвается, будетъ-ли подстрекнутый дѣйствовать вполнѣ согласно съ его намѣреніемъ, представляется столь же безразличнымъ, какъ и сомнѣніе виновника относительно того окажутъ-ли ему ожидаемую услугу естественныя силы природы, которыми онъ пользуется. Пособникъ желаетъ поставить совершеніе преступленія въ зависимость отъ воли и дѣятельности виновника, подстрекатель, напротивъ, не желаетъ этого и именно поэтому старается оказать опредѣленное вліяніе на виновника. Подстрекательство предполагаетъ, во 2-хъ что оно было совершено умышленно. Нельзя сомнѣваться въ возможности возбудить въ другомъ безъ намѣренія, и даже вопреки своему намѣренію, преступную рѣшимость. Но такое поведеніе могло бы повлечь за собою уголовно-юридическую отвѣтственность дѣйствующаго только тогда, когда онъ долженъ былъ предвидѣть рѣшимость другаго, какъ возможную, и могъ собственнымъ осторожнымъ поведеніемъ избѣжать такого послѣдствія. Нельзя отрицать возможности случаевъ, гдѣ подобное предвидѣніе было возможно и гдѣ, слѣдовательно, существуетъ преступная неосторожность. Но практическія основанія говорятъ въ пользу оставленія этого рода подстрекательства безнаказаннымъ. Если, при вмѣненіи за culpa, возможно, принявъ въ соображеніе индивидуальныя качества дѣятеля, опредѣлить съ приблизительною достовѣрностью, могъ ли онъ, при надлежащей осмотрительности, предвидѣть извѣстный изъ опыта ходъ событій и такимъ образомъ избѣжать неумышленнаго причиненія послѣдствія, то нельзя того же сказать о томъ случаѣ, когда рѣчь идетъ о ненамѣренномъ психическомъ вліяніи на свободную волю другаго человѣка; свободная человѣческая воля представляется несоизмѣримою, неподдающеюся вычисленію величиною, и хотя возможно изъ внимательнаго изученія характера извѣстнаго субъекта вывести заключеніе о томъ, какое онъ приметъ рѣшеніе, но это предполагаетъ въ наблюдателѣ такую силу анализа и предвидѣнія, которыхъ уголовный законъ не вправѣ требовать отъ средняго человѣка. Въ 3-хъ подстрекательство предполагаетъ, что оно было учинено въ намѣреніи вызвать въ подстрекнутомъ рѣшимость на совершеніе преступленія. Засимъ отвѣтственность подстрекателя нисколько не измѣняется оттого, что принятію пре-

ступной рѣшимости содѣйствовали также другіе какіе-либо моменты: за таковые онъ отвѣчаетъ въ той же мѣрѣ, какъ и непосредственный дѣятель за содѣйствующіе совершенію умышленнаго имъ преступленія, безъ его о томъ вѣдома, моменты. Поэтому, въ качествѣ подстрекателей къ одному и тому же преступленію, отвѣчаютъ не только тѣ, которые сообща подстрекали, но и тѣ также, которые, не зная одинъ другаго, послѣдовательно пытались подстрекнуть одно и то же лицо къ тому же дѣянію, причемъ рѣшимость виновника явилась результатомъ ихъ комбинированнаго воздѣйствія. Подстрекательство виновника и интеллектуальное пособничество близко граничатъ одно съ другимъ; но пособникъ предполагаетъ уже созрѣвшую въ виновникѣ рѣшимость и ограничивается поэтому лишь дачею совѣтовъ касательно выполненія преступленія, тогда какъ подстрекательство существуетъ тогда, если лицо пытается усилить и укрѣпить виновника въ его рѣшимости, предполагая, что рѣшимости этой еще недостаетъ надлежащей твердости.

Подстрекательство, какъ актъ соучастія, предполагаетъ, въ 4-хъ, что подстрекнутымъ учинено дѣяніе, за которое онъ является самостоятельно отвѣтственнымъ. Кто пользуется для совершенія преступленія лицомъ неспособнымъ ко вмѣненію (все равно извѣстно ему о невмѣняемости этого лица, или нѣтъ) подлежитъ отвѣтственности не какъ подстрекатель, а какъ виновникъ; тоже должно сказать и о томъ случаѣ, когда подстрекатель, въ намѣреніи совершить преступленіе, опредѣляетъ другаго къ дѣйствію, которое послѣдній, по заблужденію (умышленно вызванному подстрекателемъ или только имъ эксплуатируемому), не считалъ наказуемымъ, причемъ то обстоятельство, извиняетъ ли такая ошибка дѣятеля вполнѣ или обосновываетъ его отвѣтственность за culpa—представляется безразличнымъ.

Какими средствами пользовался подстрекатель съ цѣлью возбудить въ подстрекнутомъ мотивы, опредѣлившіе его къ совершенію дѣянія, это для существа подстрекательства безразлично, если только эти средства, такого рода, что ими не исключается самоопредѣляемость дѣятеля и послѣдній не обращается въ механическое орудіе подстрекателя. По самой природѣ вещей, казуистическое перечисленіе годныхъ для подстрекательства средствъ никогда не можетъ быть исчерпывающимъ и совершенно безполезно, ибо вопросъ сводится только къ тому: дѣйствительно ли въ

конкретномъ случаѣ воздѣйствіе подстрекателя послужило, согласно его намѣренію, мотивомъ для подстрекнутаго при совершеніи послѣднимъ преступнаго дѣянія.

Умыселъ подстрекателя, такъ же какъ и совершителя, направленъ на учиненіе преступленія Его умышленная дѣятельность, посредствомъ которой онъ пытается осуществить преднамѣренное имъ, заключается въ подстреканіи совершителя, является слѣдовательно, во всѣхъ случаяхъ (все равно, выражается ли подстрекательство въ словесной, письменной или иной формѣ) *дѣятельностью*, т. е. тѣлеснымъ движеніемъ, физическимъ проявленіемъ силы, и притомъ такимъ, которое находится въ причинномъ соотношеніи съ послѣдствіемъ учиненнаго совершителемъ дѣянія. На этомъ основаніи подстрекатель, наравнѣ съ подстрекнутымъ, долженъ отвѣчать за преступленіе, какъ за учиненное имъ: таковое вмѣнимо подстрекателю въ качествѣ оконченнаго, если оно было совершено подстрекнутымъ; въ качествѣ покушенія, если послѣдній виновенъ только въ покушеніи на преступленіе. Спорнымъ представляется вопросъ, какъ смотрѣть на дѣятельность подстрекателя, если она въ конкретномъ случаѣ оказалась недѣйствительною. Таковы случаи неудавшагося подстрекательства и подстрекательства безрезультатнаго (die Fälle der misslungenen und die der erfolglosen Anstiftung). Подстрекательство является *неудавшимся*, какъ тогда, если подстрекаемый не рѣшается на совершеніе преступленія (sich zum Entschlusse nicht bestimmen lässt), такъ и въ томъ случаѣ, если онъ самъ (совершенно независимо отъ усилій подстрекателя) уже рѣшился на данное преступленіе, вслѣдствіе чего его нельзя болѣе подстрекнуть къ тому же. Подстрекательство является *безрезультатнымъ*, если оно хотя и возъимѣло дѣйствіе въ томъ смыслѣ, что подстрекаемый допустилъ опредѣлить себя къ совершенію умышленнаго подстрекателемъ преступленія (sich zu dem vom Anstifter beabsichtigten Entschlusse bestimmen lässt), но не достигло цѣли, потому что подстрекнутый вообще не приступаетъ къ умышленной дѣятельности, или по крайней мѣрѣ не переступаетъ, въ своей дѣятельности, границъ ненаказуемаго приготовленія.

Господствующее въ доктринѣ воззрѣніе, склоняясь къ ненаказуемости такого рода недѣйствительнаго подстрекательства, основываетъ свой выводъ на томъ, что подстрекательство, какъ форма соучастія, предполагаетъ наличность виновничества, а потому, при

отсутствіи наказуемой дѣятельности виновника, нельзя говорить и о наказуемомъ соучастіи. Въ этой аргументаціи остается неяснымъ, почему наказуемое соучастіе въ преступленіи другаго лица исключаетъ возможность наказуемаго покушенія на таковое. Далѣе, изъ того, что наказуемость подстрекателя движется наравнѣ съ наказуемостью подстрекнутаго, никакъ не слѣдуетъ, чтобы первый могъ подлежать наказанію только тогда, когда второй по меньшей мѣрѣ виновенъ въ наказуемомъ покушеніи. Дѣятельность обоихъ совершенно различная; дѣятельность подстрекателя начинается раньше, чѣмъ дѣятельность подстрекнутаго, и потому именно она раньше, нежели дѣятельность подстрекнутаго и независимо отъ послѣдней получаетъ значеніе наказуемаго покушенія. Дальнѣйшее возраженіе заключается въ томъ, что такъ какъ удавшееся подстрекательство, имѣвшее своимъ послѣдствіемъ учиненіе подстрекнутымъ покушенія, наказывается, только какъ покушеніе, то подстрекательство неудавшееся, являясь покушеніемъ на покушеніе, должно оставаться безнаказаннымъ; но съ такимъ же правомъ можно бы, замѣчаетъ Hälschner, всякое неоконченное покушеніе назвать покушеніемъ на покушеніе и отстаивать на этомъ основаніи его ненаказуемость. Неправильнымъ является и то соображеніе, что такъ какъ преступная рѣшимость подстрекнутаго, пока за нею еще не послѣдовало наказуемаго дѣянія, остается ненаказуемою, то и способствованіе принятію такой рѣшимости не должно влечь за собою никакого наказанія; подстрекатель тѣмъ существенно и отличается отъ подстрекнутаго, который еще не дѣйствуетъ, что онъ уже учинилъ извѣстное дѣйствіе для осуществленія своего преступнаго намѣренія. По мнѣнію автора, вопросъ рѣшается тѣмъ, заключаетъ ли въ себѣ такая безрезультатная дѣятельность подстрекателя всѣ существенные моменты наказуемаго покушенія. Возможно, что лицо, пытаясь подстрекнуть другаго къ преступленію, не переходитъ при этомъ границъ наказуемаго приготовленія, напр. когда оно, не имѣя увѣренности въ успѣхѣ, дѣйствуетъ крайне осторожно, не обнаруживаетъ тотчасъ и вполнѣ своего намѣренія, а затѣмъ, предугадывая неудачу, прекращаетъ свою попытку. Но столь же возможно, что подстрекатель своею дѣятельностію успѣлъ достигнуть того, что его преступное намѣреніе въ достаточной мѣрѣ выяснилось для подстрекнутаго, какъ это мы видимъ въ тѣхъ случаяхъ, когда подстрекательство удалось, но подстрекнутый съ своей стороны не вышелъ изъ ра-

момъ приготовительныхъ дѣйствій. Здѣсь дѣятельность подстрекателя совмѣщаетъ въ себѣ всѣ требуемыя для наказуемаго покушенія условія.

Добровольное отступленіе подстрекателя въ случаѣ неудавшагося подстрекательства освобождаетъ его наказанія, если онъ своевременно дѣлаетъ учиненное имъ подстреканіе недѣйствительнымъ. Если же подстреканіе удалось, то добровольное отступленіе подстрекателя дѣлаетъ его ненаказуемымъ лишь при томъ условіи, что онъ воспрепятствовалъ совершенію наказуемаго дѣянія; если же онъ не могъ помѣшать выполненію преступленія, то одно заявленіе объ измѣненіи имъ своего намѣренія (въ какой бы формѣ оно ни выразилось), или напрасное стараніе помѣшать совершенію преступленія недостаточны для того, чтобы сдѣлать подстрекателя, добровольно отказавшагося отъ своего намѣренія, ненаказуемымъ; то же слѣдуетъ сказать и о томъ случаѣ, когда подстрекателю не удалось удержать подстрекнутаго отъ покушенія на преступленіе, но послѣднее случайно осталось невыполненнымъ. Если подстрекательство оказалось недѣйствительнымъ потому, что подстрекаемый не поддался вліянію подстрекателя или самостоятельно рѣшился на преступленіе, то (коль скоро такая дѣятельность подстрекателя можетъ быть разсматриваема какъ наказуемое покушеніе) отступленіе для подстрекателя потому невозможно, что онъ не можетъ устранить собственнымъ противодѣйствіемъ такой результатъ своей дѣятельности, который вообще не наступилъ. Если подстрекнутый совершитель, чрезъ добровольное его отступленіе отъ покушенія, становится ненаказуемымъ, то въ виду одного этого подстрекатель еще не освобождается отъ наказанія; для избавленія подстрекателя отъ наказанія необходимо, чтобы рѣшимость подстрекнутаго отказаться отъ покушенія была результатомъ психическаго воздѣйствія со стороны подстрекателя. Затѣмъ понятно само собою, что добровольное отступленіе подстрекателя не освобождаетъ подстрекнутаго отъ наказанія, если совершеніе преступленія было остановлено противъ его воли.

Насколько дѣяніе подстрекнутаго соотвѣтствуетъ намѣренію подстрекателя, наказуемость обоихъ in thesi должна быть одинаковая, т. е. наказаніе подстрекателю не только опредѣляется на основаніи того же закона, который имѣетъ примѣненіе къ дѣянію подстрекнутаго, но и въ томъ размѣрѣ, какъ если бы онъ самъ былъ совершителемъ преступленія.

Изъ этого не слѣдуетъ однако, чтобы, даже въ случаѣ полнаго

соотвѣтствія между дѣяніемъ подстрекнутаго и намѣреніемъ подстрекателя, наказаніе обоихъ должно было быть одинаковымъ, ибо различіе въ мѣрѣ наказанія подстрекателя и подстрекнутаго обусловливается прежде всего самымъ различіемъ въ характерѣ дѣятельности того и другаго. Въ этомъ отношеніи бо̀льшая тяжесть наказанія должна постоянно падать на долю подстрекателя, ибо онъ вызвалъ въ подстрекнутомъ рѣшимость совершить преступленіе, тогда какъ послѣдній лишь уступилъ силѣ обольщенія, которому онъ подвергался; поэтому для наказуемости подстрекнутаго имѣетъ значеніе бо̀льшая или меньшая сила обольщенія, къ которому прибѣгнулъ подстрекатель, равно какъ бо̀льшая или меньшая готовность, съ которою онъ поддался обольщенію. Равнымъ образомъ различіе въ мѣрѣ наказанія можетъ обусловливаться и другими чисто индивидуальными моментами виновности подстрекателя и подстрекнутаго.

Эксцессъ со стороны подстрекнутаго является тогда, если онъ, по собственному побужденію (aus eigener Entschliessung) уклонился въ своемъ образѣ дѣйствій отъ намѣренія подстрекателя. Отъ эксцесса должно поэтому отличать тѣ случаи, въ которыхъ хотя подстрекнутый дѣйствовалъ совершенно согласно съ намѣреніемъ подстрекателя, но самое дѣяніе его не вполнѣ соотвѣтствуетъ намѣренію перваго, какъ напр. въ томъ случаѣ, когда намѣреніе подстрекателя шло гораздо дальше. Если дѣяніе подстрекнутаго является только покушеніемъ на то преступленіе, совершеніе коего умыслилъ подстрекатель, то послѣдній подлежитъ только наказанію за покушеніе, все равно, осталось ли преступленіе невыполненнымъ въ силу случайности или вслѣдствіе отступленія подстрекнутаго. Если покушеніе уже повлекло за собою какое либо наказуемое послѣдствіе, то подстрекнутый, въ случаѣ отступленія съ его стороны, подлежитъ отвѣтственности за это послѣдствіе, какъ за оконченное преступленіе, а подстрекатель — какъ за покушеніе на умышленное имъ дальнѣйшее преступленіе. Если подстрекнутый совершаетъ умышленное подстрекателемъ преступленіе, но въ менѣе преступной формѣ, такъ какъ эта послѣдняя оказалась достаточною для той цѣли, къ которой онъ стремился, напр. совершаетъ простую кражу вмѣсто порученной ему кражи со взломомъ или разбоя, то подстрекнутый подлежитъ отвѣтственности за свое дѣяніе, какъ за оконченное преступленіе, а подстрекатель отвѣчаетъ, какъ за покушеніе на умышленное

имъ болѣе тяжкое преступленіе. Эксцессъ не имѣетъ мѣста, если дѣятельность подстрекнутаго соотвѣтствовала намѣренію подстрекателя, но повлекла за собою дальнѣйшее, никѣмъ изъ нихъ не умышленное вредное послѣдствіе; въ этомъ случаѣ можетъ возникать только вопросъ о вмѣнимости послѣдствія тому или другому изъ нихъ, или обоимъ, за culpa. Дѣйствительный эксцессъ существуетъ, коль скоро подстрекнутый совершаетъ, вслѣдствіе собственной рѣшимости, болѣе тяжкое, чѣмъ то которое было умышлено подстрекателемъ, или же качественно иное (все равно меньшее или бо́льшее, чѣмъ то, которое отъ него требовалось) преступленіе. Само собою понятно, что въ этомъ случаѣ подстрекателю не можетъ быть вмѣнено въ вину то, что сдѣлано въ силу самостоятельнаго побужденія подстрекнутаго. Такимъ образомъ нормою для рѣшенія вопроса о томъ, насколько въ дѣяніи подстрекнутаго заключается эксцессъ, служитъ намѣреніе, а не цѣль подстрекателя. Если подстрекатель ограничивается указаніемъ цѣли, къ которой долженъ стремиться подстрекнутый, предоставляя ему выборъ средствъ, коими такая цѣль могла бы быть достигнута, въ такомъ случаѣ подстрекатель дѣйствуетъ съ dolus eventualis, и вмѣнимость ему въ вину дѣянія подстрекнутаго зависитъ отъ того, входитъ ли оно въ кругъ тѣхъ эвентуальныхъ фактовъ, которые допускалъ подстрекатель. Напротивъ нельзя признавать въ этомъ случаѣ подстрекателя отвѣтственнымъ за каждое дѣяніе подстрекнутаго, которое служило преслѣдуемой имъ цѣли, ибо столь же возможно и то, что подстрекатель желалъ, чтобы цѣль была достигнута именно опредѣленными средствами, не допуская употребленія иныхъ средствъ. При несоотвѣтствіи дѣянія подстрекнутаго намѣренію подстрекателя, которое первому извѣстно, эксцессъ существуетъ даже тогда, если это дѣяніе является менѣе наказуемымъ преступленіемъ, чѣмъ то, которое было умышлено подстрекателемъ. Такимъ образомъ подстрекатель подлежитъ наказанію за умышленное имъ дѣяніе подстрекнутаго и тогда, если послѣдствіе этого дѣянія представляется меньшимъ по объему (ein quantitativ geringerer) и потому менѣе наказуемымъ, чѣмъ онъ хотѣлъ. Съ другой стороны онъ безспорно не подлежитъ отвѣтственности за отвѣчающее его цѣли менѣе наказуемое преступленіе, если оно является качественно инымъ, чѣмъ то, которое было имъ умышлено. Но нельзя признать правильнымъ весьма распространенное въ старой доктринѣ воззрѣніе, что подстрекатель долженъ отвѣчать за эксцессъ виновника

какъ за culpa, если онъ могъ его предвидѣть и предотвратить. Должно отличать отъ умышленнаго подстрекательства къ дѣйствію, которое влечетъ за собою не преднамѣренное подстрекателемъ и вмѣнимое ему за culpa послѣдствіе, подстрекательство неумышленное, неосторожное; наказуемость послѣдняго совершенно правильно отвергается, какъ наукою, такъ и законодательствомъ. Подстрекатель отвѣчаетъ за совершенное виновникомъ дѣяніе и въ томъ случаѣ, если вслѣдствіе ошибки послѣдняго, умышленное подстрекателемъ дѣяніе выполнено надъ другимъ объектомъ, и такимъ образомъ цѣль, которую онъ имѣлъ въ виду, оказалась недостигнутою (согласно общему правилу, по которому error in objecto не имѣетъ вліянія на наказуемость дѣятеля).

(О вліяніи личныхъ качествъ и отношеній одного соучастника на отвѣтственность другаго см. выше подъ рубрикою: „виновники и пособники").

V.

Haus, Principes généraux du droit pénal belge, изд. 1874 г., стр. 366 и слѣд.

Подъ интеллектуальными, или моральными виновниками въ преступленіи или проступкѣ разумѣютъ тѣхъ, которые породили въ виновникѣ физическомъ преступную рѣшимость, склонивъ его къ совершенію этихъ преступленія, или проступка. Очевидно, что подстрекательство является актомъ моральнаго соучастія въ томъ только случаѣ, когда дѣятель совершилъ, или покушался совершить то преступленіе, къ которому его подстрекали. Подстрекательство, оставшееся безъ послѣдствія, иногда наказывается, какъ delictum sui generis, но не составляетъ ни акта преступнаго соучастія, ни покушенія на соучастіе, потому что не относится ни къ какому дѣянію, подходящему подъ квалификацію преступленія или проступка. Подстрекательство получаетъ характера акта соучастія, только при извѣстныхъ условіяхъ. Необходимо прежде всего, чтобы субъектъ былъ подстрекаемъ къ преступленію или проступку, предусмотрѣннымъ въ Code pénal, ибо постановленія этого кодекса касательно наказуемаго соучастія не примѣнимы ни къ нарушеніямъ вообще, ни къ преступленіямъ и проступкамъ, предусматриваемымъ спеціальными законами. Для того, чтобы подстрекательство къ преступленію, или проступку могло быть разсматриваемо, какъ

актъ соучастія, необходимо, чтобы оно было учинено посредствомъ одного изъ средствъ подстрекательства, перечисленныхъ въ законѣ, постановленія котораго по этому предмету допускаютъ лишь ограничительное толкованіе. Конечно можно подстрекать къ преступленію самыми различными и разнообразными средствами, но законодатель, который дозволилъ бы судьѣ наказывать подстреканія и возбужденія всякаго рода, тѣмъ самымъ присвоилъ бы судамъ страшную власть и лишилъ бы гражданъ тѣхъ гарантій, на которыя они имѣютъ несомнѣнное право. Code pénal различаетъ подстрекательство индивидуальное или частное, обращенное къ отдѣльнымъ личностямъ, и подстрекательство публичное, или коллективное воззваніе, обращенное къ массамъ или толпѣ. Подстрекательство индивидуальное является актомъ соучастія только тогда, если подстрекатель воспользовался однимъ изъ средствъ воздѣйствія, указанныхъ въ законѣ, т. е. склонялъ подарками, обѣщаніями, угрозами, злоупотребленіемъ авторитетомъ или властію, козвями или преступными ухищреніями (хотя впрочемъ это правило допускаетъ нѣкоторые изъятія); для того же, чтобы коллективное подстрекательство было наказуемо, какъ актъ моральнаго соучастія, достаточно, чтобы подстрекатель прибѣгнулъ къ одному изъ способовъ опубликованія, указанныхъ въ законѣ, т. е. возбуждалъ бы къ преступленію или посредствомъ рѣчей, произнесенныхъ въ собраніяхъ или публичныхъ мѣстахъ, или посредствомъ аффишированныхъ воззваній, или же печатныхъ или ненапечатанныхъ сочиненій, проданныхъ, или розданныхъ, при чемъ нѣтъ необходимости, чтобы такое воззваніе было сопровождаемо подарками, обѣщаніями, угрозами, злоупотребленіемъ авторитетомъ или властью, козвями или преступными ухищреніями. Необходимо наконецъ, чтобы подстрекательство было прямое, т. е. точное и опредѣленное; подстрекатель долженъ прямо предложить лицамъ, къ которымъ онъ обратился съ воззваніемъ, совершить то преступленіе или тотъ проступокъ, которые они затѣмъ дѣйствительно совершили, или покушались совершить. Подстрекательство посредствомъ подарковъ, обѣщаній, угрозъ, злоупотребленія авторитетомъ или властію, будетъ необходимо прямымъ подстрекательствомъ; но подстрекательство посредствомъ козней или преступныхъ ухищреній не всегда имѣетъ этотъ характеръ. При помощи этихъ средствъ можно возбудить въ комъ либо, въ намѣреніи толкнуть его къ преступленію, чувство ненависти или ревности по отношенію къ другому лицу,

можно даже побудить, въ общихъ выраженіяхъ, лицо, находящееся подъ вліяніемъ заблужденія, отомстить за себя мнимому врагу, но подобное подстрекательство было бы слишкомъ неопредѣленно, для того, чтобы, въ случаѣ совершенія подстрекнутымъ покушенія, можно было съ увѣренностію обвинить подстрекателя въ томъ, что онъ послужилъ опредѣляющею причиною. Условіе это особенно важно, когда рѣчь идетъ о воззваніяхъ, обращенныхъ къ массамъ. Code pénal признаетъ подстрекателя виновникомъ преступленія на томъ основаніи, что, породивъ преступную рѣшимость въ дѣятелѣ, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ является моральною и даже первою производящею причиною преступленія. Правило это однако не можетъ считаться абсолютнымъ, ибо къ преступленію можетъ быть подстрекаемо лицо, уже возъимѣвшее намѣреніе его выполнить, и въ такомъ случаѣ подстрекатель не можетъ считаться причиною преступленія, а является только моральнымъ участникомъ. Лицо, которое приказываетъ совершить преступленіе, или склоняетъ къ этому другаго посредствомъ угрозъ, всегда будетъ интеллектуальнымъ виновникомъ, потому что угрозы и приказанія необходимо предполагаютъ въ томъ, къ кому они обращены, отсутствіе всякой преступной воли. Конечно чаще всего и тѣ, которые подстрекаютъ къ преступленію съ помощью другихъ, указанныхъ въ законѣ, средствъ, успѣваютъ обратить дѣятеля въ орудіе для достиженія своихъ преступныхъ цѣлей, а слѣдовательно являются виновными въ главномъ участіи. Но можетъ случиться, что подстреканія обращены къ такимъ лицамъ, которыя уже возъимѣли намѣреніе совершить преступленіе, съ единственною цѣлью только укрѣпить ихъ въ принятой ими преступной рѣшимости и возбудить въ нихъ большую энергію. Въ этомъ исключительномъ случаѣ лицо является виновнымъ только въ участіи второстепенномъ и подлежитъ наказанію, лишь какъ соучастникъ. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда подстрекнутый ограничивается предѣлами даннаго ему порученія, уголовная отвѣтственность подстрекателя будетъ одинаковая съ отвѣтственностью матеріальнаго виновника, но когда подстрекнутый вышелъ изъ рамокъ даннаго ему порученія, необходимо различать два случая. Дѣятель можетъ преступить границы порученія, или въ выборѣ средствъ, или въ способѣ выполненія преступленія. Если способъ выполненія или употребленіе извѣстныхъ средствъ были указаны подстрекнутому и послѣдній поступилъ вопреки этому указанію, то

подстрекатель можетъ быть наказанъ лишь за то преступленіе, совершеніе котораго имъ было поручено дѣятелю. Если же порученіе отличалось неопредѣленнымъ характеромъ, то необходимо изслѣдовать, имѣлъ ли подстрекнутый, по обстоятельствамъ даннаго случая, разумныя основанія полагать, что онъ дѣйствовалъ согласно намѣренію подстрекателя. Если послѣднее представлялось двусмысленнымъ, то подстрекатель, который обязанъ былъ его разъяснить, является отвѣтственнымъ за дѣйствія подстрекнутаго. Безъ сомнѣнія, если приказано было подкинуть ребенка, безъ указанія въ какомъ мѣстѣ, или похитить вещи, хранящіеся въ запертомъ домѣ, то подстрекатель долженъ быть подвергнутъ тому же наказанію, какъ и подстрекнутый, если послѣдній бросилъ ребенка въ уединенномъ мѣстѣ, или совершилъ кражу при помощи взлома, влѣзанія, поддѣльныхъ ключей, ночью, съ угрозами или насиліемъ противъ личности. Но если, съ цѣлью облегчить совершеніе преступленія, или въ видахъ обезпеченія безнаказанности, подстрекнутый совершилъ кромѣ кражи еще убійство, если субъектъ, которому было поручено похитить предметы, выставленные въ магазинѣ, лавкѣ, или другомъ открытомъ или публичномъ мѣстѣ, учинилъ кражу съ отягчающими обстоятельствами то было бы несправедливо возлагать на подстрекателя отвѣтственность за тѣ средства, которыя были употреблены подстрекнутымъ вопреки вполнѣ яснымъ намѣреніямъ перваго. Несомнѣнно, что въ томъ случаѣ, когда вмѣсто порученнаго преступленія дѣятель учиняетъ совершенно иное преступленіе, подстрекатель долженъ оставаться безнаказаннымъ. Въ самомъ дѣлѣ, подстрекательство къ преступленію составляетъ актъ соучастія, лишь насколько оно связано, по меньшей мѣрѣ, съ покушеніемъ на это преступленіе. Если вмѣсто кражи подстрекнутый совершилъ подлогъ, если вмѣсто того, чтобы дать опредѣленному лицу пощечину или ударъ палкой, онъ положилъ его на мѣстѣ ударомъ кулака, то было бы очевидно несправедливо наказывать подстрекателя за такое преступленіе, побуждать къ которому ему и не приходило въ голову. Подстрекнутый можетъ равнымъ образомъ уклониться отъ порученія, сдѣлавъ меньше, чѣмъ хотѣлъ подстрекатель; напр. вмѣсто того, чтобы убить или ранить указанное лицо, онъ ограничивается нанесеніемъ ему ударовъ и т. п. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ этомъ случаѣ подстрекатель отвѣчаетъ только за преступленіе, совершенное подстрекнутымъ.

Подстрекнувъ къ преступленію, подстрекатель можетъ измѣнить свою волю. Для того, чтобы такое измѣненіе воли могло имѣть слѣдствіемъ уничтоженіе всякой солидарности подстрекателя съ подстрекнутымъ, необходимо чтобы оно выразилось во взятіи назадъ даннаго порученія, выраженномъ при томъ совершенно ясно. Нѣкоторые полагаютъ, что порученіе должно считаться молчаливо отмѣненнымъ, если между подстрекателемъ и подстрекнутымъ возникла смертельная вражда, или же первый примирился съ тѣмъ лицомъ, которое должно было быть пассивнымъ субъектомъ преступленія, но такія обстоятельства, по самому свойству своему, не могутъ служить доказательствомъ происшедшаго въ подстрекателѣ измѣненія воли; для подстрекателя иногда можетъ быть выгодно притворною неприязнью къ подстрекнутому, или притворнымъ примиреніемъ съ жертвою преступнаго посягательства, устранить всякое подозрѣніе относительно его соучастія въ преступленіи; кромѣ того при этомъ естественно является вопросъ, почему подстрекатель, который могъ прямо отмѣнить свое порученіе, не сдѣлалъ этого? Въ томъ случаѣ, когда отмѣна порученія ясно выражена, солидарность подстрекателя съ подстрекнутымъ является нарушенною, и если подстрекнутый, своевременно узнавъ объ отмѣнѣ даннаго ему порученія, тѣмъ не менѣе совершаетъ преступленіе, то онъ дѣйствуетъ исключительно за свой счетъ; если же подстрекнутому заблаговременно не сдѣлалось извѣстнымъ, что данное ему порученіе отмѣнено, то подстрекатель является отвѣтственнымъ за совершенное преступленіе, какъ его интеллектуальный виновникъ; напрасно сталъ бы онъ ссылаться на то, что онъ не могъ отмѣнить даннаго имъ порученія въ виду встрѣченныхъ имъ неопреодолимыхъ къ тому препятствій, или что онъ отмѣнилъ самое порученіе до начатія совершенія преступленія, но, по обстоятельствамъ, не зависящимъ отъ его воли, подстрекнутый не могъ быть объ этомъ извѣщенъ. Порученіе было дано и затѣмъ выполнено; причина произвела свое послѣдствіе, отвѣтственность за которое должна падать на подстрекателя; впрочемъ тѣ усилія, которыя были употреблены подстрекателемъ для того, чтобы отмѣнить данное имъ порученіе, или извѣстить подстрекнутаго о такомъ измѣненіи своей воли, должны быть во всякомъ случаѣ приняты судомъ во вниманіе, какъ обстоятельства, смягчающія его вину. Можетъ случиться, что отмѣна порученія была сдѣлана, или объ этомъ узналъ подстрекнутый только въ

тотъ моментъ, когда онъ уже приступилъ къ совершенію преступленія. Въ этомъ случаѣ, если покушеніе было добровольно прервано дѣятелемъ, то какъ онъ, такъ и подстрекатель освобождается отъ всякаго наказанія, развѣ бы дѣяніе само по себѣ составляло delictum sui generis; но если подстрекнутый, не взирая на отмѣну даннаго ему порученія, продолжалъ совершеніе преступленія и таковое было прервано случайными обстоятельствами, то покушеніе можетъ быть вмѣнено въ вину только ему, ибо коль скоро порученіе было отмѣнено и отмѣна его подстрекателемъ сдѣлалась извѣстною подстрекнутому, всякая связь между договорившимися сторонами прерывается, и подстрекнутый, упорствующій въ преслѣдованіи преступной цѣли, дѣйствуетъ уже только на свой страхъ. Если, начавъ совершеніе преступленія, подстрекнутый добровольно и противъ желанія подстрекателя, прерываетъ покушеніе, то вмѣстѣ съ нимъ пользуется безнаказанностью и подстрекатель. Въ самомъ дѣлѣ, при такомъ предположеніи, подстрекательство не связано болѣе ни съ какимъ преступнымъ дѣяніемъ, и потому подстрекатель не можетъ быть наказанъ, какъ виновникъ или пособникъ въ преступленіи, котораго вовсе не существуетъ. Отказъ подстрекнутаго отъ покушенія, хотя онъ и противорѣчитъ желанію подстрекателя, долженъ быть обращенъ ему въ пользу, совершенно также, какъ прерваніе покушенія случайными обстоятельствами должно служить ему во вредъ. Нѣтъ разницы между тѣмъ случаемъ, когда подстрекнутый остается совершенно недѣятельнымъ, и тѣмъ, когда онъ добровольно прекращаетъ совершеніе преступленія, если только внѣшнее дѣйствіе, образующее начало совершенія, не составляетъ, само по себѣ и независимо отъ той цѣли, съ которою оно было предпринято, самостоятельнаго преступленія.

По системѣ бельгійскаго уголовнаго законодательства, подстрекательство индивидуальное является актомъ преступнаго соучастія лишь подъ условіемъ учиненія его при помощи средствъ, исчисленныхъ въ законѣ, именно: подарковъ, обѣщаній, угрозъ, злоупотребленія авторитетомъ или властью, козней или преступныхъ ухищреній.

Подарки и обѣщанія. Подстрекатель, присоединяющій къ преступному порученію подарки и обѣщанія, является совиновникомъ въ томъ преступленіи, которое совершилъ или покушался совершить подстрекнутый. Характеръ обѣщанія здѣсь не имѣетъ значенія, равно какъ и то, было ли обѣщаніе выполнено, или нѣтъ; до-

статочно, чтобы оно опредѣлило подстрекнутаго къ совершенію преступленія. Для того, чтобы подарки или обѣщанія могли оказать вліяніе на волю дѣятеля, необходимо, чтобы они были даны до совершенія преступленія. Если поэтому послѣ совершенія преступленія лицо, заинтересованное въ томъ, чтобы оно было учинено, дѣлаетъ виновнику подарки или даетъ ему какія либо обѣщанія, въ видѣ вознагражденія за содѣянное, то это лицо, какъ не способствовавшее совершенію преступленія, не можетъ быть преслѣдуемо по обвиненію въ соучастіи; если же подарки или обѣщанія были даны или въ тотъ моментъ, когда уже было принято рѣшеніе дѣйствовать, или въ моментъ, когда совершеніе преступленія уже было начато, съ цѣлью побудить дѣятеля начать или окончить его преступное предпріятіе, то подстрекатель долженъ быть наказанъ скорѣе, какъ участникъ, чѣмъ какъ совиновникъ въ преступленіи, совершенномъ подстрекнутымъ. Но въ видѣ общаго правила виновность подстрекателя посредствомъ подарковъ или обѣщаній и матеріальнаго виновника одинаковая. Отношеніе солидарности между подстрекателемъ и подстрекнутымъ можетъ возникнуть только подъ условіемъ принятія подстрекнутымъ даваемаго ему порученія. Если согласія со стороны подстрекнутаго не послѣдовало, то предложеніе можетъ подлежать наказанію, лишь какъ delictum sui generis, а не какъ актъ соучастія или покушеніе на соучастіе. Такимъ образомъ, если субъектъ, къ которому было обращено предложеніе, вслѣдъ за своимъ отказомъ, измѣняетъ намѣреніе и, безъ новаго совѣщанія съ авторомъ предложенія, совершаетъ преступленіе, то онъ дѣйствуетъ исключительно за свой счетъ. Предложеніе должно быть ясно выражено, но принятіе его можетъ быть молчаливымъ. Достаточно того, что подстрекнутый выполнилъ или покушался выполнить данное ему порученіе, чтобы подстрекатель явился причиною дѣянія и, слѣдовательно, долженъ былъ нести за него отвѣтственность. *Злоупотребленіе авторитетомъ или властью.* Приказаніе (jussus) совершить преступленіе существенно отличается отъ преступныхъ порученія и совѣта. Лицо, дающее порученіе или совѣтъ, не навязываетъ другому своего желанія, оно обращается къ равному себѣ, къ друзьямъ, не обязаннымъ ему послушаніемъ. Напротивъ приказаніе предполагаетъ превосходство одной стороны и подчиненіе другой. Подъ словомъ «autorité» Code pénal здѣсь разумѣетъ то вліяніе, которое одно лицо имѣетъ надъ другимъ. Авторитетъ можетъ быть

двоякаго рода: законный, источникъ котораго лежитъ въ самомъ законѣ, какова власть мужа, родителей, опекуновъ и попечителей, и авторитетъ моральный или фактическій, проистекающій не изъ постановленія закона, а изъ обстоятельствъ и положенія лица; таковъ авторитетъ восходящихъ родственниковъ надъ нисходящими, хозяевъ надъ ихъ слугами, учителей надъ учениками, ввѣренными ихъ надзору. Законъ наказываетъ, въ качествѣ интеллектуальнаго виновника, того, кто склонитъ къ преступленію, употребивъ во зло то вліяніе, которое онъ могъ оказать на волю дѣятеля. Подъ словомъ „pouvoir" Code pénal разумѣетъ ту власть, которою облечены гражданскія или военныя должностныя лица и министры культа по отношенію къ своимъ подчиненнымъ. Совершитель преступленія, которое ему было приказано выполнить, подвергается тому же наказанію, какъ и лицо, давшее приказаніе. Никто не долженъ повиноваться приказаніямъ своего начальника, кто бы тотъ ни былъ, если эти приказанія противны законамъ. Подчиненный, знавшій о преступности приказанія и тѣмъ не менѣе его исполнившій, дѣлается, завѣдомо и умышленно, причиною преступленія; онъ согласился служить орудіемъ подстрекателя и долженъ подвергнуться всѣмъ послѣдствіямъ такого своего положенія.

Законъ требуетъ, чтобы наказанія матеріальнаго виновника и лица, давшаго приказаніе, были одинаковы по роду, но не относительно ихъ quantum. Возможно, что власть лица, давшаго преступный приказъ, не оказала никакого моральнаго принужденія на дѣятеля, что этотъ послѣдній совершенно непринужденно предложилъ свои услуги для совершенія преступленія, которое не внушало ему никакого отвращенія. Вообще мѣра наказанія каждаго изъ совиновниковъ должна быть опредѣлена судьею, сообразно съ степенью ихъ индивидуальнаго участія, причемъ онъ долженъ взвѣсить всѣ обстоятельства даннаго случая, вліяющія на наказуемость того и другаго. *Угрозы*. Законъ наказываетъ, какъ интеллектуальнаго виновника, того, кто склонилъ къ преступленію другаго посредствомъ угрозъ. Вопросъ о томъ, были ли угрозы, по своему свойству, способны произвести впечатлѣніе на угрожаемое лицо, есть вопросъ факта, разрѣшеніе котораго зависитъ отъ обстоятельствъ даннаго случая, въ частности: отъ общественнаго положенія, характера, возраста и пола подстрекателя и подстрекнутаго. Нѣтъ надобности, чтобы зло, угрожавшее дѣятелю, представлялось достовѣрнымъ; достаточно, чтобы послѣдній имѣлъ основанія

соотвѣтствія между дѣяніемъ подстрекнутаго и намѣреніемъ подстрекателя, наказаніе обоихъ должно было быть одинаковымъ, ибо различіе въ мѣрѣ наказанія подстрекателя и подстрекнутаго обусловливается прежде всего самымъ различіемъ въ характерѣ дѣятельности того и другаго. Въ этомъ отношеніи бо́льшая тяжесть наказанія должна постоянно падать на долю подстрекателя, ибо онъ вызвалъ въ подстрекнутомъ рѣшимость совершить преступленіе, тогда какъ послѣдній лишь уступилъ силѣ обольщенія, которому онъ подвергался; поэтому для наказуемости подстрекнутаго имѣетъ значеніе бо́льшая или меньшая сила обольщенія, къ которому прибѣгнулъ подстрекатель, равно какъ бо́льшая или меньшая готовность, съ которою онъ поддался обольщенію. Равнымъ образомъ различіе въ мѣрѣ наказанія можетъ обусловливаться и другими чисто индивидуальными моментами виновности подстрекателя и подстрекнутаго.

Эксцессъ со стороны подстрекнутаго является тогда, если онъ, по собственному побужденію (aus eigener Entschliessung) уклонился въ своемъ образѣ дѣйствій отъ намѣренія подстрекателя. Отъ эксцесса должно поэтому отличать тѣ случаи, въ которыхъ хотя подстрекнутый дѣйствовалъ совершенно согласно съ намѣреніемъ подстрекателя, но самое дѣяніе его не вполнѣ соотвѣтствуетъ намѣренію перваго, какъ напр. въ томъ случаѣ, когда намѣреніе подстрекателя шло гораздо дальше. Если дѣяніе подстрекнутаго является только покушеніемъ на то преступленіе, совершеніе коего умыслилъ подстрекатель, то послѣдній подлежитъ только наказанію за покушеніе, все равно, осталось ли преступленіе невыполненнымъ въ силу случайности или вслѣдствіе отступленія подстрекнутаго. Если покушеніе уже повлекло за собою какое либо наказуемое послѣдствіе, то подстрекнутый, въ случаѣ отступленія съ его стороны, подлежитъ отвѣтственности за это послѣдствіе, какъ за оконченное преступленіе, а подстрекатель — какъ за покушеніе на умышленное имъ дальнѣйшее преступленіе. Если подстрекнутый совершаетъ умышленное подстрекателемъ преступленіе, но въ менѣе преступной формѣ, такъ какъ эта послѣдняя оказалась достаточною для той цѣли, къ которой онъ стремился, напр. совершаетъ простую кражу вмѣсто порученной ему кражи со взломомъ или разбоя, то подстрекнутый подлежитъ отвѣтственности за свое дѣяніе, какъ за оконченное преступленіе, а подстрекатель отвѣчаетъ, какъ за покушеніе на умышленное

имъ болѣе тяжкое преступленіе. Эксцессъ не имѣетъ мѣста, если дѣятельность подстрекнутаго соотвѣтствовала намѣренію подстрекателя, но повлекла за собою дальнѣйшее, никѣмъ изъ нихъ не умышленное вредное послѣдствіе; въ этомъ случаѣ можетъ возникать только вопросъ о вмѣнимости послѣдствія тому или другому изъ нихъ, или обоимъ, за culpa. Дѣйствительный эксцессъ существуетъ, коль скоро подстрекнутый совершаетъ, вслѣдствіе собственной рѣшимости, болѣе тяжкое, чѣмъ то которое было умышлено подстрекателемъ, или же качественно иное (все равно меньшее или бо̀льшее, чѣмъ то, которое отъ него требовалось) преступленіе. Само собою понятно, что въ этомъ случаѣ подстрекателю не можетъ быть вмѣнено въ вину то, что сдѣлано въ силу самостоятельнаго побужденія подстрекнутаго. Такимъ образомъ нормою для рѣшенія вопроса о томъ, насколько въ дѣяніи подстрекнутаго заключается эксцессъ, служитъ намѣреніе, а не цѣль подстрекателя. Если подстрекатель ограничивается указаніемъ цѣли, къ которой долженъ стремиться подстрекнутый, предоставляя ему выборъ средствъ, коими такая цѣль могла бы быть достигнута, въ такомъ случаѣ подстрекатель дѣйствуетъ съ dolus eventualis, и вмѣнимость ему въ вину дѣянія подстрекнутаго зависитъ отъ того, входитъ ли оно въ кругъ тѣхъ эвентуальныхъ фактовъ, которые допускалъ подстрекатель. Напротивъ нельзя признавать въ этомъ случаѣ подстрекателя отвѣтственнымъ за каждое дѣяніе подстрекнутаго, которое служило преслѣдуемой имъ цѣли, ибо столь же возможно и то, что подстрекатель желалъ, чтобы цѣль была достигнута именно опредѣленными средствами, не допуская употребленія иныхъ средствъ. При несоотвѣтствіи дѣянія подстрекнутаго намѣренію подстрекателя, которое первому извѣстно, эксцессъ существуетъ даже тогда, если это дѣяніе является менѣе наказуемымъ преступленіемъ, чѣмъ то, которое было умышлено подстрекателемъ. Такимъ образомъ подстрекатель подлежитъ наказанію за умышленное имъ дѣяніе подстрекнутаго и тогда, если послѣдствіе этого дѣянія представляется меньшимъ по объему (ein quantitativ geringerer) и потому менѣе наказуемымъ, чѣмъ онъ хотѣлъ. Съ другой стороны онъ безспорно не подлежитъ отвѣтственности за отвѣчающее его цѣли менѣе наказуемое преступленіе, если оно является качественно инымъ, чѣмъ то, которое было имъ умышлено. Но нельзя признать правильнымъ весьма распространенное въ старой доктринѣ воззрѣніе, что подстрекатель долженъ отвѣчать за эксцессъ виновника

вѣрить въ существованіе опасности (ait pu raisonnablement croire à l'existence du danger) и чтобы страхъ опредѣлилъ его къ дѣйствію. Равнымъ образомъ не требуется, чтобы опасность, которою угрожали дѣятелю, уже существовала въ этотъ моментъ, или была близка (ait été actuel ou imminent). Тотъ, кто угрожаетъ другому зломъ, болѣе или менѣе отдаленнымъ, въ намѣреніи склонить его къ преступленію, виновенъ въ соучастіи, если угрозы были производящею причиною дѣйствія. Безъ сомнѣнія въ этомъ случаѣ для подстрекнутаго существуетъ меньше извиненія, такъ какъ ему представлялись другія средства спасенія, помимо совершенія преступленія; но это обстоятельство не можетъ смягчить отвѣтственности подстрекателя, который, посредствомъ угрозъ, породилъ въ физическомъ виновникѣ преступную рѣшимость. Равнымъ образомъ безразлично, какого свойства и насколько важно было то зло, котораго нужно было опасаться дѣятелю, угрожало ли посягательство его личности, его чести, общественному положенію или имуществу. Наконецъ не имѣетъ значенія то обстоятельство, были ли угрозы направлены противъ него самаго, или противъ дорогихъ ему лицъ. Что касается виновности матеріальнаго виновника, то необходимо различать: были ли угрозы, опредѣлившія дѣятеля къ совершенію преступленія, настолько важны, что онъ не могъ противодѣйствовать силѣ такого моральнаго принужденія (qu'il a été contraint par une force morale à laquelle il n'a pu résister) и тогда уголовная виновность исчезаетъ; или же онѣ не представлялись въ такой степени важными, и въ такомъ случаѣ онъ долженъ подвергнуться наказанію за то преступленіе, которое имъ было совершено. Во всякомъ однако случаѣ, хотя бы то нравственное состояніе, въ которомъ онъ находился вслѣдствіе угрозъ, и не было способно, по своему свойству, устранить его виновность, оно должно имѣть значительное вліяніе на опредѣленіе ему мѣры наказанія. *Козни или преступныя ухищренія.* Подъ этими терминами законъ разумѣетъ обманъ, притворство, хитрость, къ которымъ лицо прибѣгаетъ для введенія въ заблужденіе того, кого оно хочетъ опредѣлить къ совершенію преступленія. Обманъ можетъ относиться къ законному или моральному характеру дѣйствія, или къ какимъ либо фактамъ. Козни и ухищренія, какъ бы они ни были преступны, не составляютъ еще, сами по себѣ, актовъ соучастія. Можно ввести кого либо въ заблужденіе, не имѣя намѣренія заставить его совершить преступленіе. Для того,

чтобы быть элементами соучастія, эти акты должны сопровождаться подстреканіемъ, и притомъ прямымъ подстреканіемъ къ преступленію. Что касается виновности матеріальнаго виновника, то необходимо изслѣдовать, препятствовало ли ему то заблужденіе, въ которомъ онъ находился въ моментъ дѣйствія, благодаря употребленнымъ для его обмана ковнямъ и ухищреніямъ,— распознать противозаконный характеръ того дѣянія, которое онъ намѣревался совершить, или же онъ выполнилъ таковое сознательно и умышленно. Въ первомъ случаѣ онъ виновенъ только въ неосторожности (culpa); во второмъ же долженъ подвергнуться тому же наказанію какъ и подстрекатель, такъ какъ онъ сознательно хотѣлъ преступленія. Тѣмъ не менѣе и въ этомъ случаѣ виновность моральнаго виновника является большею, чѣмъ виновника матеріальнаго. *Порученіе.* Перечень средствъ индивидуальнаго подстрекательства, сдѣланный въ законѣ, не заключаетъ въ себѣ простаго преступнаго порученія, т. е. порученія, не сопровождавшагося подарками или обѣщаніями. Простое порученіе совершить преступленіе, въ видѣ общаго правила, не обладаетъ, само по себѣ, достаточною силою чтобы увлечь волю того, къ кому оно обращено, на путь преступленія. Едва ли кто нибудь рѣшится сдѣлаться орудіемъ ненависти или алчности другаго человѣка и подвергать себя всѣмъ рискованнымъ послѣдствіямъ попытки совершить преступленіе, только въ интересѣ этого другаго лица и единственно съ цѣлью оказать ему услугу. Обыкновенно тотъ, кто принимаетъ и исполняетъ безвозмездное порученіе, дѣлаетъ это въ своихъ собственныхъ интересахъ, въ силу мотивовъ, чуждыхъ подстрекателю. Далѣе, простое преступное предложеніе, хотя бы оно и было принято, не обнаруживаетъ еще, съ достовѣрностью, рѣшимости автора предложенія подстрекнуть къ преступленію; оно можетъ быть шуточнымъ, можетъ быть результатомъ перваго движенія. Въ видѣ изъятія, Code pénal иногда разсматриваетъ простое порученіе, какъ актъ преступнаго соучастія. Законъ угрожаетъ одинаковымъ наказаніемъ какъ виновнымъ въ сокрытіи правъ состоянія ребенка, подмѣнѣ одного ребенка другимъ или выдачѣ ребенка за дитя такой женщины, которая не родила (suppression, substitution et supposition d'enfant), такъ и тѣмъ, которые дадутъ порученіе совершить означенныя дѣянія. Наказываются, далѣе, какъ виновники, тѣ, которые дали порученіе сдѣлать отъ ихъ имени предложенія, обѣ-

щанія или угрозы, съ цѣлью повліять на волю избирателей; равнымъ образомъ простое порученіе образуетъ актъ соучастія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ назначаетъ одно и тоже наказаніе какъ для виновныхъ въ учиненіи дѣянія, такъ и для тѣхъ, которые его заставили совершить; напр. для тѣхъ, которые удалили или заставили удалить изъ подъ крова, покинули или заставили покинуть, похитили или заставили похитить малолѣтняго. *Совѣтъ.* Подстрекательство къ преступленію или проступку можетъ быть учинено посредствомъ дачи совѣта. Старые криминалисты различали consilium nudum и vestitum. Различіе это, вытекающее изъ природы вещей, сохранилось и въ новѣйшей доктринѣ. Если субъектъ ограничивается сообщеніемъ другому лицу мотивовъ, которые должны склонить это лицо къ совершенію преступленія, то существуетъ простой совѣтъ; убѣжденія, увѣщанія и подстреканія составляютъ лишь различныя его степени. Квалифицированный совѣтъ обнимаетъ собою совѣтъ обманный (conseil frauduleux) и совѣтъ наставительный (conseil instructif). Вѣроломный совѣтникъ, который ввелъ дѣятеля въ заблужденіе или воспользовался заблужденіемъ послѣдняго, съ цѣлью толкнуть его къ преступленію, очевидно является главною причиною этого преступленія; напротивъ того субъектъ, который только указалъ дѣятелю средства совершить преступленія, не порождаетъ преступной рѣшимости, а только укрѣпляетъ ее; поэтому онъ является виновнымъ лишь въ участіи второстепенномъ. Code pénal совершенно основательно не относитъ къ актамъ соучастія простые совѣты. Совѣтъ является выраженіемъ своего мнѣнія, которое каждый долженъ оцѣнить самостоятельно и которое принимается и усвоивается лицомъ безъ подчиненія совѣтующему; поэтому простые совѣты не обладаютъ достаточнымъ могуществомъ, чтобы опредѣлить волю того, кому они даны. Наконецъ, эти акты чаще всего оставляютъ по себѣ лишь такой мимолетный слѣдъ, что ихъ легко смѣшать съ необдуманными словами. Но иногда совѣты пріобрѣтаютъ отъ тѣхъ обстоятельствъ, коими они сопровождаются, характеръ такой важности, что законодатель не можетъ оставлять ихъ безнаказанными. Таковы въ особенности увѣщанія и подстреканія, обращенныя къ публикѣ въ рѣчахъ, аффишахъ, сочиненіяхъ, коими всегда легко увлечь массы.

Что касается коллективныхъ подстреканій, то таковыя подходятъ подъ дѣйствіе уголовнаго закона только тогда, если они

были публичныя и прямыя (lorsqu'elles sont publiques et directes). Подстреканіе должно быть публичное, т. е. обращено къ публикѣ однимъ изъ способовъ, указанныхъ въ законѣ. Подстреканія посредствомъ аффишированныхъ воззваній, печатныхъ или не напечатанныхъ сочиненій, проданныхъ или розданныхъ, необходимо имѣютъ публичный характеръ. Для того, чтобы и рѣчи имѣли этотъ характеръ, необходимо, чтобы онѣ были произнесены въ собраніяхъ или публичныхъ мѣстахъ. Подъ мѣстами публичными слѣдуетъ разумѣть не только тѣ мѣста, которыя, по самой природѣ своей, предназначены для публики и постоянно для нея открыты, каковы: улицы, публичныя площади, публичныя дороги; но также и тѣ, куда публика допускается только временно, въ извѣстные часы дня. Если въ какомъ нибудь мѣстѣ, даже частномъ, публика случайно допущена, то это будетъ публичное собраніе. Но публичность мѣста вовсе еще недостаточна, необходима фактическая публичность (une publicité effective). Рѣчь, произнесенная въ публичномъ мѣстѣ, въ присутствіи нѣсколькихъ лицъ, можетъ составлять индивидуальное подстрекательство, наказуемое какъ актъ моральнаго соучастія въ томъ случаѣ, если подстреканіе къ преступленію сопровождалось обѣщаніями, угрозами, злоупотребленіемъ авторитетомъ или властью, кознями или преступными ухищреніями; но чтобы быть подстрекательствомъ коллективнымъ, рѣчь должна быть произнесена передъ извѣстнымъ числомъ собравшихся лицъ (devant un certain nombre de personnes réunies). Подстреканіе должно быть прямымъ. Лицо можетъ посредствомъ рѣчей, обращенныхъ къ публикѣ, или путемъ прессы, возбуждать страсти, вызывать чувства ненависти къ частнымъ лицамъ или противъ извѣстныхъ классовъ общества; можно систематически нападать на дѣйствія власти, а затѣмъ и перенести порицаніе на лицъ, облеченныхъ властью, породить отвращеніе къ существующему порядку вещей, внушать гражданамъ желаніе измѣнить форму правленія, выражать желаніе политической или соціальной революціи, но такое непрямое подстреканіе можетъ быть наказуемо только какъ delictum sui generis, а не какъ актъ моральнаго соучастія въ происшедшемъ затѣмъ возстаніи, или въ учиненномъ противъ личности или имущества преступномъ посягательствѣ.

в) Совиновники въ преступленіи.

I.

Langenbeck, die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, изд. 1868 г. стр. 246 и слѣд.

Совиновникомъ (Miturheber) является тотъ, кто совершаетъ при участіи другихъ преступленіе и притомъ учиняетъ таковое въ своихъ видахъ (das Verbrechen als sein eigenes mitbetreibt). При совиновничествѣ всѣ соучастники имѣютъ одно общее намѣреніе, которое само служитъ цѣлью, а слѣдовательно всѣ акты физической дѣятельности, предпринятые въ видахъ достиженія таковой, представляются единичнымъ дѣйствіемъ (erscheinen als eine einzige Handlung), причемъ безразлично, много или мало содѣйствовалъ каждый наступленію послѣдствія.

Уже изъ самаго понятія соучастія вытекаетъ, что для того, чтобы быть совиновниками, дѣятели должны дѣйствовать не совершенно независимо одинъ отъ другаго. Во многихъ случаяхъ совиновничество является результатомъ соглашенія, предшествующаго выполненію преступленія, и тогда называется заговоромъ (Complott, Verschwörung, conjuratio); но точно также оно возможно и безъ предварительнаго соглашенія (такъ называемое случайное совиновничество). Заговоръ отличается отъ другихъ видовъ совиновничества тѣмъ, что нѣсколько лицъ, изъ коихъ каждый желаетъ преступленія, какъ своего собственнаго, соединяются для выполненія его сообща, и, по весьма распространенному между криминалистами мнѣнію, тѣмъ самымъ взаимно подстрекаютъ другъ друга. Спорнымъ представляется вопросъ о томъ, требуется ли при этомъ ясно выраженное соглашеніе (eine ausdrückliche Verabredung) или же возможно и молчаливое вступленіе въ заговоръ. Клейншродъ отрицаетъ возможность послѣдняго на томъ основаніи, что было бы трудно доказать существованіе такого соглашенія; но трудность доказательства вовсе не затрогиваетъ существа дѣла. Притомъ остается совершенно непонятнымъ, почему общеніе воли (Willensmittheilung), достигнутое посредствомъ предложенія или обѣщанія, выраженныхъ въ словесной формѣ, во всѣхъ случаяхъ должно быть опредѣленнѣе, яснѣе и достовѣрнѣе, чѣмъ тогда, если предметъ соглашенія выяснился для соучастниковъ

изъ конклюдентныхъ дѣйствій. Es kann sich also, замѣчаетъ авторъ, die zum Complotte gehörende Willenseinigung in jeder Weise manifestiren, in welcher sich Menschen ihre Gedanken und Entschlüsse überhaupt mittheilen können.

Мнѣніе о томъ, что въ заговорѣ заключается взаимное подстрекательство, отчасти справедливо, а именно: 1) возможно, что лицо, уже умыслившее совершеніе опредѣленнаго преступленія, предполагаетъ, или усматриваетъ въ другомъ своего единомышленника, сходится съ нимъ, въ надеждѣ на соглашеніе, и послѣдствіемъ обмѣна мыслей дѣйствительно является соглашеніе выполнить преступленіе общими силами, тогда какъ ни одинъ изъ этихъ двухъ субъектовъ не отважился бы на преступленіе, пока онъ не могъ разсчитывать на содѣйствіе другаго. Если здѣсь нельзя сразу опредѣлить, кто первый начерталъ преступный планъ или предложилъ его выполненіе, то существованіе взаимнаго подстрекательства во всякомъ случаѣ несомнѣнно; 2) случается также, что лицо не хочетъ (dass Jemand nicht Willens ist) одно совершать умышленное имъ преступленіе и сходится съ однимъ или нѣсколькими другими лицами, которые не имѣли умысла учинить это преступленіе, быть можетъ, даже о немъ вовсе, и не думали, но, по предложенію перваго, соединяются съ нимъ для совмѣстнаго выполненія преступленія. Здѣсь первый субъектъ несомнѣнно можетъ быть разсматриваемъ какъ подстрекатель, но въ тоже самое время можно видѣть въ немъ и подстрекнутаго, если онъ опредѣлился къ совершенію преступленія, лишь по полученіи увѣренности въ содѣйствіи другихъ лицъ.

Нельзя съ другой стороны утверждать, что при всякомъ заговорѣ непремѣнно существуетъ взаимное подстрекательство. Возможенъ случай, что лицо само рѣшилось учинить преступленіе и выполнило бы таковое и безъ содѣйствія другаго лица, но затѣмъ узнаетъ или только предполагаетъ, что другой желалъ бы совершить это же самое преступленіе, и соединяется съ нимъ для совмѣстнаго его выполненія съ тою цѣлью, чтобы этотъ другой не предупредилъ его и не воспользовался одинъ ожидаемыми отъ преступленія выгодами. Ja es kommen Complottanten vor, замѣчаетъ авторъ, die überall keinen Einfluss auf die Uebrigen äussern, vom Anfang bis zu Ende nichts weiter sind als blosse Figuranten. Во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что каждый заговорщикъ долженъ быть разсматриваемъ, какъ виновникъ преступленія, ибо онъ дѣйствуетъ

въ собственныхъ видахъ и желаетъ преступленія, какъ своего собственнаго.

По опредѣленію Bauer'а, заговоръ предполагаетъ взаимное обязательство всѣхъ участниковъ выполнить общими силами задуманное преступленіе. Напротивъ лицо не дѣлается еще заговорщикомъ, если принимаетъ участіе въ общемъ рѣшеніи учинить преступленіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ прямо отказывается отъ всякаго содѣйствія при его выполненіи, ибо безъ такого обязательства взаимнаго содѣйствія, отдѣльное лицо не можетъ съ увѣренностью разсчитывать на содѣйствіе всѣхъ прочихъ участниковъ: въ этомъ взаимномъ обязательствѣ и заключается сущность заговора, самое составленіе котораго уже доказываетъ, что никто изъ участниковъ не имѣлъ силы и мужества совершить преступленіе одинъ; на этомъ основывается и его большая опасность и наказуемость.

Возраженіе, что въ самомъ рѣшеніи учинить совокупными силами преступленіе заключается и безмолвное обязательство взаимнаго содѣйствія,—несостоятельно потому, что хотя бы заговорщики и пришли къ такому умозаключенію, тѣмъ не менѣе это не могло бы вселить во всѣхъ нихъ увѣренность въ томъ, что каждый участникъ будетъ дѣйствовать совмѣстно съ прочими. Но бываютъ такіе заговоры, гдѣ, послѣ состоявшагося соглашенія, выполненіе преступленія падаетъ на долю отдѣльныхъ участниковъ, или даже только одного изъ нихъ, причемъ иногда вопросъ о томъ, кому должна принадлежать роль выполнителя, рѣшается жребіемъ; возможно также, что лишь одинъ изъ заговорщиковъ обладаетъ требуемыми для выполненія способностями. Во всѣхъ этихъ случаяхъ на каждаго изъ остальныхъ соучастниковъ должно смотрѣть какъ на виновника. Sein Wille ist durch die Mitabredung und Verabredung mit dem animus der Urheberschaft in den Complottwillen übergegangen und jedem der Uebrigen ist bewusst, dass wenn er im Namen dessen, der an der Ausführung keinen Theil nehmen soll, thätig wird, er dessen Willen mit zur Ausführung bringt. Съ другой стороны должно согласиться съ Bauer'омъ, что не существуетъ такъ называемаго безмолвнаго заговора въ томъ смыслѣ, въ которомъ заговоръ отождествляется съ господствомъ извѣстныхъ политическихъ воззрѣній и началъ, получившихъ распространеніе въ обществѣ. Hier fehlt ja aber das wesentliche Requisit der Verabredung, hier würde die Annahme eines Complotts die Rechtssicherheit der Staatsbürger in gewaltigem Maasse gefährden, und dasselbe

Hirngespinnst Bedeutung erhalten, wie die von Manchen geträumte „stillschweigende Verschwörung der Fürsten zur Beschränkung der Freiheit der Unterthanen“.

Вопросъ о томъ, представляется ли заговоръ наказуемымъ самъ по себѣ, когда еще за нимъ не послѣдовало никакой внѣшней дѣятельности, направленной къ совершенію преступленія, долженъ быть разрѣшенъ отрицательно, и притомъ не относительно того лишь случая, когда заговорщики добровольно отказались отъ совершенія преступленія. Съ другой стороны многими раздѣляется мнѣніе, что, за исключеніемъ случая добровольнаго оставленія преступной дѣятельности, простое составленіе заговора должно быть разсматриваемо какъ наказуемое покушеніе на умышленное преступленіе *). Воззрѣніе это несостоятельно потому, что оно видитъ наказуемое покушеніе тамъ, гдѣ никакого начала выполненія еще нѣтъ; простое соглашеніе можетъ быть признано, самое большее что, приготовленіемъ. Составленіе заговора ненаказуемо на томъ же основаніи, какъ и подстрекательство, пока подстрекнутый не учинилъ по меньшей мѣрѣ наказуемаго покушенія; законъ можетъ только объявить такое сборище (Vereinigung) опасныхъ людей воспрещеннымъ и въ такомъ случаѣ соглашеніе заговорщиковъ должно быть обсуждаемо такъ же, какъ и другія воспрещенныя сообщества (Verbindungen). Что добровольное отступленіе всѣхъ заговорщиковъ устраняетъ всякую наказуемость, это положеніе признано самыми осторожными криминалистами и многими законодательствами; то, что высказывалось противъ этого положенія, не стоитъ даже опровергать. Труднѣе рѣшить вопросъ, какъ должно смотрѣть на отступленіе одного изъ участниковъ, если преступленіе, не смотря на то, выполняется прочими соучастниками. Слѣдуетъ различать здѣсь 2 главные случая: 1) если отступившій участникъ прямо (ausdrücklich) заявилъ прочимъ участникамъ о своемъ выходѣ изъ заговора, то онъ: a) ни въ какомъ случаѣ не освобождается отъ наказанія, если соглашеніе учинить преступленіе явилось слѣдствіемъ оказаннаго имъ на другихъ участниковъ психическаго воздѣйствія, такъ какъ такое воздѣйствіе не дѣлается недѣйствительнымъ ни чрезъ объявленіе этого участника о своемъ отступленіи, ни чрезъ то, что онъ

*) Утвержденіе, что простое составленіе заговора должно быть наказываемо, какъ совершеніе преступленія, не выдерживаетъ, конечно, никакой критики.

тщетно дѣлалъ все возможное, чтобы воспрепятствовать выполненію преступленія, или заблаговременно донесъ о немъ подлежащей власти. Впрочемъ отступленіе слѣдуетъ все таки разсматривать, какъ уменьшающее наказаніе обстоятельство, если о немъ было заявлено прочимъ участникамъ re adhuc integra; въ противномъ случаѣ оно лишается всякаго значенія; b) если отступающій не принадлежитъ къ предыдущей категоріи участниковъ, то онъ становится ненаказуемымъ, какъ скоро заявленіе прочимъ заговорщикамъ о своемъ отступленіи сдѣлано имъ своевременно; если же такое заявленіе было сдѣлано имъ несвоевременно, то оно по меньшей мѣрѣ должно служить для него уменьшающимъ наказаніе обстоятельствомъ. 2) Второй случай тотъ, когда отдѣльное лицо хотя и не прямо (nicht ausdrücklich) отказывается отъ участія въ заговорѣ, но не является на мѣсто преступленія, или хотя и присутствуетъ при его совершеніи, но не оказываетъ обѣщаннаго содѣйствія, или того содѣйствія, котораго отъ него можно было ожидать; если неявившійся или остающійся въ бездѣйствіи игралъ роль подстрекателя по отношенію къ остальнымъ, то въ этомъ случаѣ онъ не освобождается отъ наказанія; относительно другихъ участниковъ различаютъ кромѣ того слѣдующіе случаи: 1) если причиною неприбытія участника служитъ измѣненіе въ направленіи его воли, то неприбытіе на мѣсто преступленія по меньшей мѣрѣ является обстоятельствомъ, значительно уменьшающимъ его наказуемость; 2) въ противномъ случаѣ существуетъ наказуемое покушеніе на то преступленіе, которое составляетъ цѣль заговора, ибо то, что произошло, является причиненнымъ согласно съ волею отсутствующаго участника; наказанію подлежитъ даже тотъ, кто, измѣнивъ свое намѣреніе, *не могъ* сдѣлать о томъ никакого заявленія прочимъ соучастникамъ. Авторъ склоняется въ пользу ненаказуемости заговорщика въ послѣднемъ случаѣ, на томъ основаніи, что преступленіе учинено безъ участія его воли, такъ какъ онъ взялъ таковую изъ общей воли заговорщиковъ (aus dem Complottwillen) обратно. То обстоятельство, что другіе не могли вывести изъ факта его неприбытія на мѣсто преступленія съ опредѣленностію, что онъ измѣнилъ намѣреніе, лишено въ данномъ случаѣ всякаго значенія, ибо рѣчь идетъ о неявкѣ такого субъекта, который вообще не имѣлъ вліянія на рѣшимость прочихъ участниковъ. Что касается явившагося, но остающагося въ бездѣйствіи заговорщика, то его отрицательное поведеніе нисколько не измѣняетъ дѣла, если про-

чіе участники разсчитывали на его содѣйствіе, такъ какъ они все еще продолжали ожидать, что онъ приступитъ къ дѣятельности. И даже тогда, если они исполняютъ то, что онъ былъ обязанъ выполнить, они дѣлаютъ это только потому, что данное имъ обѣщаніе побудило ихъ дѣйствовать. Напротивъ въ томъ случаѣ, когда для остальныхъ участниковъ содѣйствіе остающагося въ бездѣйствіи заговорщика было безразлично и если притомъ бездѣйствіе съ его стороны явилось результатомъ происшедшей въ немъ перемѣны намѣренія, онъ остается ненаказуемымъ, наравнѣ съ тѣмъ, кто совсѣмъ выходитъ изъ заговора; если же поводомъ къ бездѣйствію служило не измѣненіе намѣренія, то онъ подлежитъ наказанію за покушеніе.

Если при выполненіи преступленія, явившагося результатомъ соглашенія, былъ допущенъ эксцессъ, то виновность тѣхъ заговорщиковъ, которые являются подстрекателями, опредѣляется по правиламъ о подстрекательствѣ; прочіе же участники не отвѣтственны за то, что выходитъ изъ рамокъ соглашенія, т. е. происходитъ несогласно съ ясно выраженною общею волею участниковъ, ибо за это отвѣчаютъ только эксцедирующіе участники.

Наказуемость участниковъ заговора опредѣляется на основаніи слѣдующихъ началъ: 1) дѣйствительный участникъ заговора, т. е. тотъ, кто не является лишь пособникомъ по отношенію къ членамъ заговора (den Complottgliedern) подлежитъ, какъ виновникъ того, что учинено преступнымъ образомъ, наказанію, безотносительно къ степени оказаннаго имъ содѣйствія; 2) заговоръ, въ виду его опасности, есть обстоятельство, возвышающее наказуемость (ein Strafmehrungsgrund).

Изъ перваго изъ выставленныхъ положеній вытекаетъ, что если карательный законъ является безусловно опредѣленнымъ, то наказуемость всѣхъ участниковъ заговора должна быть одинаковая. Напротивъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ судейскому усмотрѣнію предоставленъ просторъ въ предѣлахъ maximum'а и minimum'а назначаемаго въ законѣ наказанія, размѣръ послѣдняго долженъ соотвѣтствовать большей или меньшей субъективной и объективной опасности отдѣльнаго участника, ибо одинаковое наказаніе всѣхъ участниковъ было-бы нарушеніемъ общеизвѣстнаго положенія, что каждый преступникъ долженъ отвѣчать за свою собственную вину (nach seiner Verschuldung zu beurtheilen ist).

Всѣ законодательства содержатъ обыкновенно спеціальное постановленіе о томъ, что такъ называемый учредитель заговора (Stifter des

Complotts) и зачинщикъ (Rädelsführer) подлежать особо строгому наказанію. Учредителемъ почитается тотъ, кто создалъ заговоръ (wer das Complott zu Stande gebracht hat); заговоръ можетъ быть основанъ или однимъ, или нѣсколькими учредителями. Нельзя утверждать, что первый толчекъ непремѣнно исходитъ отъ учредителя. Wer das erste Wort ausspricht, ist mehr oder weniger zufällig. Вопросъ заключается въ томъ, была-ли дѣятельность лица такого свойства, что возникновеніе заговора можетъ быть ей приписано (als sein Werk angesehen werden kann); но нельзя считать учредителемъ того, кто, давъ первый толчокъ основанію сообщества, предоставляетъ затѣмъ всю дальнѣйшую дѣятельность другимъ, или того, кто ограничился вербовкою, положимъ, одного члена. Что касается опредѣленія понятія зачинщика, то если подъ нимъ разумѣть того, кому ввѣрено руководительство цѣлымъ предпріятіемъ или предоставлена роль предводителя при выполненіи, то примѣнять къ нему наказаніе въ высшей мѣрѣ не всегда было-бы правильно. Тотъ, кто предназначенъ прочими участниками для роли предводителя или руководителя предпріятіемъ, на дѣлѣ не всегда удовлетворяетъ возлагавшимся на него упованіямъ; оставаясь же только номинальнымъ руководителемъ или начальникомъ, онъ можетъ быть въ дѣйствительности наименѣе опаснымъ и самымъ безвреднымъ изъ участниковъ; наказуемость его должна опредѣляться единственно его поведеніемъ (nach seinem Benehmen allein bestimmt seine Strafbarkeit). Если же считать зачинщикомъ того, кто набросалъ планъ выполненія, впослѣдствіи другими одобренный, роздалъ роли отдѣльнымъ участникамъ, усилилъ рвеніе прочихъ изображеніемъ возможныхъ выгодъ преступленія, или, при самомъ выполненіи преступнаго плана, дѣйствительно сосредоточивалъ въ своихъ рукахъ управленіе дѣлами заговора, выдавался среди другихъ тѣмъ, что оказывалъ на нихъ вліяніе собственнымъ примѣромъ, похвалою и порицаніемъ и т. п., то такой зачинщикъ или предводитель по справедливости заслуживаетъ наказанія въ высшей мѣрѣ. Заговоръ представляетъ особую опасность вслѣдствіе того, что онъ укрѣпляетъ волю и мужество участниковъ, разжигаетъ въ нихъ страсти, такъ что отдѣльные члены, подъ вліяніемъ взаимнаго возбужденія и соревнованія легко увлекаются за предѣлы того, что было необходимо для достиженія ихъ преступной цѣли. Съ другой стороны связывающій участниковъ договоръ затрудняетъ и часто даже совершенно препятствуетъ выходу изъ него отдѣльнаго лица, которое удерживается отъ

изъявленія раскаянія боязнью мщенія со стороны остальныхъ заговорщиковъ, или ложнымъ стыдомъ.

Случайное совиновничество отличается отъ заговора тѣмъ, что здѣсь составленіе преступнаго плана не отдѣляется отъ его выполненія. При случайномъ совиновничествѣ каждый изъ участниковъ, имѣя то же намѣреніе, какъ и другой участникъ, преслѣдуетъ осуществленіе таковаго, и какъ собственную цѣль (im eigenen Namen), и какъ цѣль этого другаго участника. Поэтому онъ является *виновникомъ*, насколько желаетъ преступленія, какъ своего собственнаго; но такъ какъ онъ въ тоже время желаетъ преступленія и какъ преступленія другаго лица, т. ч. въ качествѣ пособника, имѣя въ виду въ свою очередь воспользоваться дѣятельностію другаго, какъ пособничествомъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ онъ долженъ отвѣчать и за дѣйствія другихъ участниковъ. Отсутствіе предварительнаго составленія плана не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что случайное пособничество допустимо лишь тогда, если вообще никакое объясненіе касательно выполненія преступнаго дѣянія не имѣло мѣста. Для наличности случайнаго совиновничества достаточно, чтобы нѣсколько лицъ производили такую дѣятельность, которая требуетъ ихъ совмѣстнаго участія (wenn Mehrere eine in einander greifende zusammenwirkende Thätigkeit entwickeln sollen). Отличительнымъ признакомъ случайнаго совиновничества служитъ то, что оно образуется впервые при удобномъ случаѣ или чрезъ посредство самаго выполненія (sie bildet sich erst bei Gelegenheit oder vermittelst der Ausführung); соглашеніе же заключается въ самомъ совмѣстномъ дѣйствованіи (die Verständigung liegt in dem Zusammenwirken selbst). Каждый видитъ, по дѣйствіямъ другихъ, что еще нужно сдѣлать для достиженія преднамѣреннаго результата, и стремится достигнуть цѣли, при помощи тѣхъ благопріятствующихъ наступленію послѣдствія условій, которыя созданы его собственною дѣятельностію совмѣстно съ дѣятельностію другихъ участниковъ.

Die Thätigkeiten der Mehreren vermitteln also den Erfolg, indem sie sich unter einander vermitteln; sind nun die verschiedenen Thätigkeiten, die den Erfolg vermitteln, unter sich vermittelt, so ist jede derselben Vermittelung des Erfolgs. Результатъ, во всей его цѣлости, вмѣняется, какъ виновникамъ, всѣмъ тѣмъ, которые дѣйствовали съ animus совиновничества и не вышли изъ заговора до самаго выполненія преступнаго дѣянія (отступившимъ прежде выполненія вмѣнимо лишь по-

кушеніе, ибо они отвѣчаютъ только за то, что уже было учинено въ моментъ ихъ отступленія). Не должно смѣшивать случайнаго совиновничества съ случайною встрѣчею (zufälliges Zusammentreffen) нѣсколькихъ виновниковъ. Такъ напр. два вора влѣзаютъ, при помощи подставленной лѣстницы, въ домъ и пока они занимаются похищеніемъ, приходитъ третій также съ воровскимъ намѣреніемъ, замѣчаетъ лѣстницу и, пользуясь удобнымъ случаемъ, лѣзетъ въ домъ, но въ это время въ домѣ поднимается тревога, всѣ трое убѣгаютъ—двое съ похищенными вещами, третій—безъ таковыхъ. Послѣдній, говоритъ авторъ, подлежитъ наказанію только за покушеніе на кражу, ибо онъ еще не сдѣлался совиновникомъ въ оконченной кражѣ.

II.

Geyer, Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung,
стр. 408 и слѣд.

Чтобы быть совиновникомъ, субъектъ прежде всего долженъ быть самъ исполнителемъ; необходимо поэтому: а) чтобы онъ желалъ самъ совершить главное дѣйствіе и чтобы имъ было по меньшей мѣрѣ учинено покушеніе; б) чтобы дѣятельность его вступила въ причинную связь съ преступной дѣятельностью другаго соучастника, такъ, чтобы въ результатѣ этой чужой преступной дѣятельности заключался вмѣстѣ съ тѣмъ и результатъ его собственной дѣятельности. При такихъ условіяхъ онъ, въ качествѣ совиновника, отвѣчаетъ и за умышленное совершеніе преступленія его совиновникомъ, ибо онъ выполнилъ свое собственное дѣяніе съ сознаніемъ, что таковое вмѣстѣ съ тѣмъ служитъ содѣйствіемъ чужому дѣянію. Въ виду этого онъ, какъ совиновникъ, подлежитъ тому же наказанію, которое угрожаетъ виновнику даннаго преступленія. При опредѣленіи мѣры наказанія совиновнику, должно быть обращено вниманіе, съ одной стороны, на объектъ его дѣятельности (конечно и на степень психическаго вліянія его на совиновника), а съ другой на его личныя качества, причемъ для оцѣнки послѣднихъ служатъ тѣ же основныя положенія, какъ и при подстрекательствѣ и пособничествѣ. Въ виду тѣхъ трудностей, съ которыми нерѣдко сопряжено доказательство совиновничества (именно въ дракахъ), въ исторіи уголовнаго права вплоть до новѣйшаго времени мы видимъ стремленіе къ установленію презумпцій и фик-

цій совиновничества. Въ числѣ упомянутыхъ фикцій особенно выдѣлилось понятіе комплота (въ противоположность случайному совиновничеству). Комплотъ (преступное сообщество, societas delinquendi, conspiratio, conjuratio) имѣетъ мѣсто тогда, если нѣсколько лицъ вступаютъ между собою въ союзъ, съ цѣлью совершенія общими силами преступленія. Изъ такого соединенія заговорщиковъ должна, по мнѣнію многихъ криминалистовъ, вытекать отвѣтственность каждаго изъ нихъ, въ качествѣ совиновника, за проектированное преступленіе, такъ какъ они нѣкоторымъ образомъ сдѣлались однимъ субъектомъ, ихъ совокупная воля реализуется въ одномъ общемъ дѣлѣ и т. п. Приверженцы субъективной теоріи присовокупляютъ къ этому еще частный признакъ, что заговорщики тогда только являются истинными заговорщиками (слѣдовательно, совиновниками), если дѣйствуютъ съ animus auctoris (въ субъективномъ смыслѣ), т. е. хлопочутъ о преступленіи, какъ о своемъ собственномъ дѣлѣ, тогда какъ безъ такого animus они являются просто socii ex contracto, къ которымъ прилагаются правила о пособничествѣ. Выдѣленіе заговора, какъ особой формы виновности, конструированіе такимъ образомъ privilegium odiosum для заговорщиковъ, не имѣетъ за себя основаній ни въ римскомъ, ни въ каноническомъ правѣ, ни въ источникахъ нѣмецкаго права. Писателямъ, видѣвшимъ основаніе къ возвышенію наказуемости заговора въ предшествующемъ ему соглашеніи, пришлось стать на точку зрѣнія теоріи предупрежденія (Sicherungstheorie) и черпать для того аргументы въ „опасности" заговора. Если соглашеніе является обдуманнымъ (mit Ueberlegung, Besonnenheit), то обстоятельствомъ, увеличивающимъ наказуемость, будетъ эта его *обдуманность*, а не самое предварительное соглашеніе (Vorverständigung an sich), которое можетъ возникнуть и подъ вліяніемъ аффекта. Помимо этого не слѣдуетъ упускать изъ виду, что нерѣдко заговорщики склоняются къ преступнымъ дѣйствіямъ другими участниками въ заговорѣ, что дѣйствія эти они не предприняли бы по собственному побужденію и что поэтому сила оказаннаго на нихъ посторонняго воздѣйствія должна вліять на уменьшеніе имъ наказанія. Несомнѣнно также, что соглашеніе не можетъ сдѣлать виновникомъ того, кто въ дѣйствительности ограничивается только вспомогательною дѣятельностью. Презумпціи получили здѣсь право гражданства, какъ кажется, потому, что криминалисты увлеклись совершенно неподходящею аналогіею между за-

говоромъ и societas въ гражданскомъ правѣ. Между тѣмъ гораздо проще, въ случаяхъ заговора, какъ и другихъ случаяхъ соучастія, ставить вопросъ о каждомъ совиновникѣ: долженъ ли онъ быть наказанъ какъ подстрекатель, какъ виновникъ (слѣдовательно, какъ совиновникъ), или какъ пособникъ; при этомъ нерѣдко можетъ случиться, что тотъ или другой изъ участвовавшихъ въ заговорѣ былъ въ одно и то же время и постреќателемъ и совиновникомъ, или же и пособникомъ, что естественно должно служить основаніемъ къ возвышенію его наказанія. Лишь съ полицейской точки зрѣнія можетъ быть оправдываемо то, что заговоръ, направленный на извѣстныя преступленія, напр. на государственную измѣну (Германское уложеніе § 83, Саксонское 117, Баварское art. 102 и 103) облагается наказаніемъ въ качествѣ самостоятельнаго преступленія, т. е. какъ приготовленіе, наказуемое въ видѣ изъятія. Само собою понятно, что еще менѣе можно одобрить то, что какъ цитированные такъ и другіе уголовные кодексы облагаютъ наказаніемъ вообще всѣ приготовительныя дѣйствія къ государственной измѣнѣ.

Подъ шайкою (Bande oder Rotte) разумѣется соединеніе нѣсколькихъ лицъ для учиненія нѣсколькихъ, въ отдѣльности не опредѣленныхъ, преступленій. Новѣйшіе уголовные кодексы обыкновенно вводятъ понятіе шайки только по отношенію къ опредѣленнымъ видамъ преступныхъ дѣяній (именно для посягательствъ противъ имущества). Убѣжденіе въ томъ, что образованіе шайки и вступленіе въ таковую сами по себѣ ненаказуемы, постепенно дѣлается господствующимъ, по мѣрѣ того какъ полицейскія воззрѣнія все болѣе и болѣе теряютъ почву въ области уголовнаго права. Если мы не состояніи отыскать даже въ заговорѣ признаковъ наказуемаго покушенія (ибо въ противномъ случаѣ и въ совѣщаніи съ самимъ собою и возникающей отсюда рѣшимости на преступленіе надлежало бы видѣть покушеніе), то тѣмъ менѣе можно признать преступленіемъ соединеніе нѣсколькихъ лицъ въ шайку. Шайка не можетъ быть разсматриваема какъ покушеніе на какое либо изъ преступленій, вошедшихъ въ „программу“ дѣйствій участниковъ, ибо всѣ эти преступленія опредѣлены только видовыми, а не индивидуальными признаками, и потому здѣсь нельзя говорить даже о рѣшимости на совершеніе извѣстныхъ преступленій, а только о склонности къ учиненію преступленій въ сообществѣ. Воззрѣніе тѣхъ криминалистовъ, которые хотятъ видѣть въ

простомъ образованіи шайки покушеніе на тягчайшее изъ тѣхъ преступленій, для учиненія которыхъ образована шайка, является отголоскомъ средневѣковыхъ постановленій о покушеніи. Можно согласиться только съ тѣмъ, что при наказаніи за одно изъ преступленій, учиненныхъ шайкою или отдѣльными ея членами на основаніи „программы“ шайки, фактъ преступнаго сообщества весьма часто будетъ служить основаніемъ къ возвышенію наказанія, и что подстрекатель или предводитель (Häuptling, Hauptmann) часто долженъ подлежать особо тяжкому наказанію, хотя и этотъ послѣдній далеко не во всѣхъ случаяхъ является совиновникомъ въ каждомъ преступленіи, учиненномъ членами шайки и не противорѣчащемъ ея программѣ.

Der Begriff der Bande steht also ebenso wie der des Complottes nicht als gleichberechtigt neben den eine eigenthümliche Art der Theilnahme umfassenden Begriffen der Anstiftung und der Beihülfe, und Mitglieder der Bande sind ebensowenig wie Complottanten als solche schon „Miturheber“ eines aus der Verabredung entspringenden Verbrechens.

III.

Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, изд. 1881 г., стр. 418 и слѣд.

Совиновничество (Mitthäterschaft) предполагаетъ совокупное дѣйствованіе нѣсколькихъ лицъ при учиненіи наказуемаго дѣянія, изъ коихъ каждый является виновникомъ (Thäter). Отъ совиновника требуется не только намѣреніе содѣйствовать при учиненіи преступленія (ибо въ такомъ случаѣ онъ ничѣмъ не отличался бы отъ пособника), но кромѣ того, чтобы онъ умыслилъ выполнить лично то главное дѣйствіе (*), которое пособникъ изъялъ изъ своего намѣренія и вполнѣ предоставилъ виновнику. И здѣсь, какъ при пособничествѣ, рѣшеніе вопроса зависитъ только отъ свойства намѣренія и соотвѣтствующей послѣднему дѣятельности (die Gestaltung der

(*) Главнымъ дѣйствіемъ является то, которымъ обусловливается законный составъ преступленія, которое составляетъ высшую точку преступной дѣятельности и непосредственно приводитъ преступленіе къ окончанію, осуществляя послѣдствіе, т. е. такое дѣйствіе, которое присоединяетъ ко всѣмъ прочимъ даннымъ условіямъ результата послѣднее условіе его наступленія.

Absicht und der ihr entsprechenden Thätigkeit), а не отъ цѣли, не отъ того, смотритъ ли дѣйствующій на дѣяніе, какъ на свое собственное, или какъ на дѣяніе другаго лица, которому онъ содѣйствуетъ, дѣйствуетъ ли онъ въ собственныхъ или чужихъ видахъ, ибо въ концѣ концовъ никто и никогда не дѣйствуетъ иначе, какъ въ своемъ собственномъ интересѣ, осуществляя собственное намѣреніе. О совиновничествѣ, какъ объ отношеніи соучастія, можетъ быть рѣчь только въ томъ предположеніи, что дѣятельность каждаго виновника находится въ причинной связи съ дѣятельностью другаго и что именно въ виду этого каждый виновникъ долженъ подлежать отвѣтственности не только за то, что самъ учинилъ, но и за то, что учинено другими. Причинная связь дѣятельности одного совиновника съ дѣятельностью другаго устанавливается или путемъ психическаго воздѣйствія, подстрекательства (anstiftende Thätigkeit) или посредствомъ физическаго содѣйствія (durch physische Mitwirkung), или обоими этими видами дѣятельности совмѣстно. Какъ отношеніе односторонняго совиновничества, можетъ быть охарактеризованъ тотъ случай, когда дѣятельность одного совиновника приходитъ въ причинную связь съ дѣятельностью другаго только и единственно чрезъ посредство подстрекательства; здѣсь, слѣдовательно, предполагается, что два лица дѣйствуютъ въ качествѣ виновниковъ, причемъ одинъ изъ нихъ является вмѣстѣ съ тѣмъ и подстрекателемъ другаго; дальнѣйшее предположеніе при этомъ состоитъ въ томъ, что въ своей совмѣстной дѣятельности оба виновника дѣйствуютъ настолько независимо другъ отъ друга, что каждый умышляетъ и старается совершить главное дѣйствіе самъ, независимо отъ содѣйствія другаго, напр. при совершеніи убійства каждый старается нанести самъ смертельную рану.

Особенность этого случая выказывается тогда, если одинъ дѣятель выполняетъ преступленіе, другой же достигаетъ только покушенія, одинъ нанесъ смертельную рану, а другой напротивъ причинилъ только такія поврежденія, между которыми и послѣдовавшею смертью отсутствуетъ всякое причинное соотношеніе. Если учинившій только покушеніе является подстрекателемъ, то оба совиновника подлежатъ отвѣтственности за преступленіе, какъ за оконченное, если же, наоборотъ, подстрекавшій дѣятель выполнилъ преступленіе, а подстрекнутый учинилъ только покушеніе, то лишь первый подлежитъ отвѣтственности какъ за окон-

ченное преступленіе, а второй наказывается—какъ за покушеніе, ибо, при данныхъ условіяхъ, дѣятельность подстрекнутаго дѣятеля не находится ни въ какой причинной связи съ тѣмъ, что сдѣлано подстрекателемъ. Der anstiftende Thäter hat den angestifteten als seinen Mitthäter anzuerkennen und dessen Thätigkeit mit zu verantworten, nicht aber umgekehrt der angestiftete Thäter den anstiftenden. Въ примѣненіи къ такому случаю, понятіе совиновничества (der Begriff der Mitthäterschaft) представляется очевидно совершенно ненужнымъ, такъ какъ для правильнаго опредѣленія отвѣтственности дѣятелей здѣсь оказываются вполнѣ достаточными общія правила о виновности и подстрекательствѣ.

Въ частности невозможно строить понятіе совиновничества на предположеніи взаимнаго подстрекательства соучастниковъ и выводить отсюда то положеніе, что каждый изъ совиновниковъ подлежитъ отвѣтственности за то, что учинено другими. Безъ сомнѣнія, гарантія содѣйствія можетъ послужить для виновника однимъ изъ побудительныхъ мотивовъ, но если всякое подобное вліяніе разсматривать, какъ подстрекающее, тогда каждаго пособника, который обѣщаетъ свое содѣйствіе виновнику, слѣдуетъ только въ силу этого одного считать виновникомъ. Подстрекательство предполагаетъ не одно лишь психическое вліяніе на другаго, но кромѣ того умыселъ вызвать въ подстрекаемомъ умыселъ и рѣшимость на преступленіе, а потому подстрекнутый совиновникъ, гарантируя свое содѣйствіе, не можетъ въ свою очередь имѣть намѣренія вызвать впервые въ подстрекателѣ то самое намѣреніе, которое послѣдній только что передъ тѣмъ внушалъ ему, какъ уже твердо сложившееся въ немъ. Такъ какъ поэтому о взаимномъ подстрекательствѣ вообще нельзя говорить, то и совиновничество, основою которому служитъ только подстрекательство, можетъ имѣть лишь характеръ односторонняго отношенія соучастія. Причинная связь дѣятельности одного совиновника съ дѣятельностью другаго можетъ установиться также и посредствомъ вспомогательной дѣятельности; въ этомъ случаѣ предполагается намѣреніе соучастниковъ распредѣлить между собою необходимую дѣятельность и такъ комбинировать ея отдѣльныя части, чтобы она воспроизвела то послѣдствіе, которое имѣлось въ виду. Такое раздѣленіе труда можетъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда дѣятель учиняетъ дѣяніе въ сообществѣ съ своими пособниками; для того же, чтобы соучастники являлись совиновниками, необходимо, чтобы каждый

изъ нихъ дѣйствовалъ съ тѣмъ намѣреніемъ, которое характеризуетъ виновника въ отличіе отъ пособника, т. е. намѣреніемъ самому учинить преступленіе. Если поэтому соглашеніе относительно выполненія преступленія состоялось въ томъ смыслѣ, что одни принимаютъ на себя выполненіе главнаго дѣйствія, а другіе какое-либо содѣйствіе, выражающееся въ иной формѣ, то первые будутъ совиновниками, а послѣдніе—пособниками, и ни участвованіе въ соглашеніи, въ заговорѣ, ни большій или меньшій, близкій или отдаленный интересъ въ учиненіи дѣянія не могутъ превратить ни пособника въ виновника, ни виновника въ пособника. Дѣятели, которыхъ совиновничество выражается въ томъ, что они въ своей дѣятельности оказываютъ одинъ другому взаимную поддержку, находятся въ такомъ взаимоотношеніи, что каждый изъ нихъ, по свойству своего намѣренія и соотвѣтственной дѣятельности, является виновникомъ и въ то же время служитъ другому пособникомъ, пользуясь въ свою очередь его дѣятельностью, какъ вспомогательною. Тотъ, кто дѣйствуетъ съ намѣреніемъ самъ учинить преступленіе, конечно не пособникъ въ техническомъ смыслѣ этого слова, но этимъ не исключается то, что онъ дѣйствуетъ съ намѣреніемъ помочь дѣятельности другаго и самому воспользоваться дѣятельностью совиновника, какъ вспомогательною. Для вмѣненія отсюда вытекаетъ то слѣдствіе, что, по отношенію къ каждому совиновнику въ отдѣльности, не можетъ имѣть значенія то обстоятельство, заключается ли въ его дѣятельности составъ оконченнаго преступленія, или только покушеніе, ибо если преступленіе выполнено совокупною дѣятельностью виновниковъ, то каждый изъ нихъ долженъ отвѣтствовать за него, какъ за оконченное преступленіе, ибо каждый является вмѣстѣ съ тѣмъ отвѣтственнымъ и за дѣятельность прочихъ, которою онъ пользовался, какъ дѣятельностью вспомогательною. Совиновничество можетъ выражаться въ различной формѣ. Можетъ случиться, что дѣяніе, совершенное каждымъ отдѣльнымъ виновникомъ (разсматриваемое независимо отъ содѣйствія прочихъ совиновниковъ) заключаетъ въ себѣ тотъ же составъ, какъ и преступленіе, учиненное ими сообща. Таковъ напр. случай совмѣстнаго совершенія простой кражи, причиненія истязаній и т. п. Совиновничество имѣетъ здѣсь только то юридическое слѣдствіе, что при опредѣленіи наказанія каждому отдѣльному участнику принимается въ разсчетъ результатъ не его собственной, а общей дѣятельности

всѣхъ совиновниковъ, насколько размѣръ наказанія зависитъ отъ величины причиненнаго вреда. Отсюда само собою вытекаетъ, что если болѣе легкая и болѣе тяжкая форма одного и того же преступленія зависятъ отъ наступившаго послѣдствія (какъ при тѣлесныхъ поврежденіяхъ), хотя бы это послѣдствіе, какъ таковое, не было преднамѣрено, то всѣ совиновники отвѣчаютъ и за тягчайшее послѣдствіе, безотносительно къ степени участія каждаго изъ нихъ въ воспроизведеніи этого послѣдствія.

Другой случай совиновничества тотъ, когда совиновники дѣйствуютъ одинаковымъ образомъ и съ однимъ намѣреніемъ учинить преступленіе, но преднамѣренное послѣдствіе является не результатомъ дѣятельности того или другаго совиновника, а результатомъ ихъ совмѣстной дѣятельности. Каждый совиновникъ нанесъ убитому, съ умысломъ его убить, раны, но смерть произошла не отъ той или другой раны, а отъ соединенія многихъ ранъ. Въ подобномъ случаѣ каждый совиновникъ подлежитъ соотвѣтственности за оконченное преступленіе, такъ какъ его дѣятельность находится въ причинной связи съ послѣдствіемъ, и если одна она и не была достаточна для воспроизведенія послѣдствія, тѣмъ не менѣе онъ подлежитъ отвѣтственности не за нее только, но и за содѣйствіе другихъ совиновниковъ. Иначе разрѣшается вопросъ тогда, если совиновники дѣйствовали одинаковымъ образомъ и съ одинаковымъ намѣреніемъ, но послѣдствіе является результатомъ дѣятельности лишь одного изъ совиновниковъ. Всѣ совиновники нанесли убитому, съ умысломъ его убить, раны, но смерть произошла только отъ опредѣленной раны, тогда какъ другія поврежденія не находятся ни въ какой связи съ нею. Въ такомъ случаѣ отвѣтственности за оконченное убійство подлежитъ только нанесшій смертельную рану, а не другіе совиновники, ихъ дѣятельность не стоитъ ни въ какомъ причинномъ соотношеніи съ смертью убитаго и обратно: между дѣятельностью убившаго и ихъ дѣятельностію отсутствуетъ причинная связь, ибо онъ не помогъ только имъ убить, а самъ совершилъ убійство. Если поэтому прочіе совиновники не отвѣчаютъ за дѣятельность убившаго, какъ за вспомогательную, то они виновны лишь въ покушеніи на убійство, развѣ бы тотъ или другой изъ нихъ былъ подстрекателемъ виновнаго въ убійствѣ.

Умышленная дѣятельность совиновниковъ можетъ быть неодинаковою въ тѣхъ лишь случаяхъ, гдѣ особенность законнаго состава

преступленія дѣлаетъ это возможнымъ. Совиновничество всегда предполагаетъ конечно, что каждый участникъ дѣйствуетъ съ однимъ и тѣмъ же намѣреніемъ совершить преступленіе, но этимъ не исключается различіе въ ихъ намѣреніи, обусловливаемое тѣмъ, что послѣднее направлено на различную умышленную дѣятельность. Если бы т. наз. главное дѣйствіе всегда составлялъ только послѣдній моментъ въ дѣятельности виновнаго, коимъ замыкается причинная цѣпь факторовъ и выполняется самое преступленіе, въ такомъ случаѣ нѣсколько совиновниковъ могли бы отвѣчать за оконченное преступленіе только при томъ условіи, что они дѣйствовали одновременно и одинаковымъ образомъ. Во многихъ случаяхъ совиновничества выполненіе этого условія необходимо: совиновники могутъ быть виновны въ оконченной кражѣ лишь тогда, если каждый изъ нихъ вступилъ въ обладаніе чужою вещью; они могутъ быть виновны въ оконченномъ убійствѣ лишь при условіи совершенія таковаго каждымъ изъ нихъ (wenn jeder tödtend thätig war). Но возможны случаи, въ которыхъ для состава преступленія требуется разнообразная дѣятельность (eine verschieden gestaltete Thätigkeit). Для грабежа требуется насиліе надъ личностью и совершеніе, посредствомъ такого насилія, похищенія; для подлога изготовленіе подложнаго документа и пользованіе имъ, съ цѣлью ввести другое лицо въ обманъ. Такимъ образомъ главнымъ дѣйствіемъ, благодаря которому дѣяніе становится соотвѣтствующимъ законному составу извѣстнаго преступленія, не всегда является только послѣдній, непосредственно ведущій къ выполненію моментъ дѣятельности виновнаго, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ имъ будетъ еще и другой предшествующій или сопутствующій моментъ.

Когда совершеніе выполняется однимъ лицомъ, то по отношенію къ нему оно является однимъ дѣйствіемъ, которое не можетъ быть раздроблено на нѣсколько дѣйствій (хотя бы въ законный составъ преступленія входило нѣсколько т. наз. главныхъ дѣйствій), такъ какъ намѣреніе дѣятеля необходимо направлено на всю совокупную дѣятельность, требуемую для выполненія преступленія; но при соучастіи нѣсколькихъ лицъ въ совершеніи одного преступленія возможно не только то, что одинъ участникъ намѣренно ограничивается совершеніемъ побочнаго дѣйствія, а другой совершеніемъ одного лишь главнаго дѣйствія, но возможно также (если только главное дѣйствіе не образуетъ одинъ недѣлимый моментъ), что изъ нѣсколькихъ участниковъ каждый совершаетъ только одно главное дѣй-

ствіе, предоставляя учиненіе другихъ главныхъ дѣйствій прочимъ соучастникамъ. Въ этомъ случаѣ ни одинъ изъ совиновниковъ не умышляетъ самъ совершить все то, что входитъ въ составъ умышленнаго ими сообща преступленія, но, замѣчаетъ авторъ, было бы столь же несправедливо не признавать никого изъ нихъ виновникомъ преступленія, какъ считать таковымъ только того, который, восполняя дѣятельность прочихъ, совершаетъ самое дѣяніе. Совиновникомъ должно признавать всякаго соучастника, дѣятельность котораго представляетъ существенный моментъ въ законномъ составѣ даннаго преступленія и потому, несмотря на такое умышленное ограниченіе своей дѣятельности, сдѣланное въ расчетѣ на восполненіе ея дѣятельностію другихъ участниковъ, онъ долженъ отвѣчать не только за свою собственную, но и за ихъ дополнительную дѣятельность. Напротивъ тотъ, кто умышляетъ и совершаетъ лишь несущественное дѣйствіе, остается пособникомъ, ибо хотя въ конкретномъ случаѣ дѣятельность каждаго соучастника, съ точки зрѣнія, причиннаго соотношенія, является въ одинаковой степени важною, какъ необходимое условіе наступленія послѣдствія, но, разсматриваемая въ ея отношеніи къ законному составу дѣянія, она можетъ представляться несущественною. Совиновникомъ, а не пособникомъ должно поэтому считать участника, ограничивающагося такою дѣятельностью, благодаря которой простое преступленіе превращается въ квалифицированное, напр. того, кто, не совершая самъ кражи, учиняетъ взломъ, или кто, вооруженный, для защиты товарищей, присутствуетъ при выполненіи дѣянія; засимъ само собою разумѣется, что если это дѣлается съ вѣдома и желанія прочихъ участниковъ, то всѣ они являются виновными въ кражѣ со взломомъ или вооруженномъ похищеніи. Совиновничество можетъ быть результатомъ заранѣе состоявшагося между совиновниками соглашенія, но можетъ быть также и случайнымъ въ томъ смыслѣ, что такого соглашенія можетъ и не быть. Что соглашеніе, заговоръ неспособны, сами по себѣ, ни обосновывать наказуемой вины, ни сдѣлать каждаго изъ участниковъ дѣянія, виновникомъ только потому, что онъ принималъ участіе въ соглашеніи, въ этомъ отношеніи въ современной доктринѣ существуетъ полное единомысліе и тѣмъ самымъ прежняя теорія заговора можетъ считаться упраздненною. Заговоръ пріобрѣтаетъ уголовно юридическое значеніе лишь поскольку въ соглашеніи заключалось подстрекательство, или когда законъ, въ видѣ

изъятія, объявляетъ самое соглашеніе на учиненіе извѣстнаго преступленія наказуемымъ. Случайное совиновничество предполагаетъ, что участники, въ сознаніи общаго интереса, вытекающаго для нихъ изъ обстоятельствъ даннаго случая, дѣйствовали въ качествѣ виновниковъ, съ одинаковымъ намѣреніемъ и волею взаимно поддерживать другъ друга. Для юридической оцѣнки совиновниковъ совершенно безразлично, предшествовало ли учиненію дѣянія соглашеніе, или нѣтъ. Германское уложеніе выдѣляетъ изъ числа совиновниковъ предводителя ихъ (Rädelsführer), подвергая его болѣе тяжкому наказанію. Таковымъ является начальникъ (Anführer), руководящій общимъ предпріятіемъ, составляющій преступный планъ, предписывающій способъ выполненія и указывающій прочимъ, въ чемъ должна состоять ихъ дѣятельность. Нельзя утверждать безусловно, что дѣятельность предводителя всегда является болѣе обширною, чѣмъ дѣятельность другихъ совиновниковъ, или что дѣятельность его имѣетъ большее значеніе для наступленія послѣдствія, чѣмъ ихъ дѣятельность; но безъ сомнѣнія на долю его можетъ быть отнесена высшая нравственная вина, въ виду того, что ему принадлежало преобладающее вліяніе на другихъ участниковъ. Германское уложеніе признаетъ заговоръ, какъ таковой, наказуемымъ только по отношенію къ государственной измѣнѣ. Независимо отъ этого, уложеніе упоминаетъ, какъ о формахъ совиновничества, о скопѣ, бунтѣ, дракѣ, нападеніи, учиненномъ нѣсколькими лицами, и шайкѣ (§§ 115, 122, 124, 125, 227, 243 и 250), но не въ томъ смыслѣ, чтобы всякое образовавшееся вслѣдствіе соглашенія или случайно возникшее сообщество съ преступною цѣлью было само по себѣ наказуемо. Дѣйствія участниковъ въ такихъ сообществахъ должны быть обсуждаемы на основаніи общихъ нормъ о совиновничествѣ и потому здѣсь также должно быть дѣлаемо различіе между тѣми, которые являются совиновниками, и тѣми, которые служатъ только пособниками. Опасность подобныхъ сообществъ и трудность доказательства послужили поводомъ къ тому, что законъ угрожаетъ наказаніямъ всякому участнику въ скопѣ, бунтѣ, дракѣ и нападеніи, учиненномъ нѣсколькими лицами, только за самое участіе, безотносительно къ тому, что онъ намѣревался учинить и что имъ на самомъ дѣлѣ учинено, назначая при этомъ болѣе тяжкое наказаніе тѣмъ изъ участниковъ, относительно которыхъ доказано, что они учинили тѣ самыя наказуемыя дѣйствія, кото-

рыя являются цѣлью сообщества. Что касается шайки, то она всегда предполагаетъ соглашеніе, такъ какъ при этомъ идетъ рѣчь о сообществѣ съ цѣлью совершенія цѣлаго ряда дѣяній, изъ которыхъ каждое въ отдѣльности не опредѣлено. Но и шайка не составляетъ специфической формы соучастія, которая бы дѣлала необходимымъ какое либо уклоненіе отъ общихъ нормъ соучастія при обсужденіи дѣйствій участниковъ шайки; дѣло заключается лишь въ томъ, что, при опредѣленіи наказаній за отдѣльныя преступленія, совершеніе ихъ шайкою образуетъ отягчающее обстоятельство. Отъ совиновниковъ, которые подлежатъ одинаковой отвѣтственности за учиненное сообща дѣяніе (причемъ однако этимъ не обусловливается одинаковость мѣры наказанія каждаго изъ нихъ) должно отличать тѣхъ, которые дѣйствовали или бездѣйствовали въ противность состоявшемуся между ними договору или тому общему намѣренію, которое безмолвно предполагалось. Если одинъ участникъ совершаетъ иное преступленіе, чѣмъ то, которое было умышлено прочими, то существуетъ эксцессъ, за который онъ одинъ подлежитъ отвѣтственности. Участникъ, остававшійся, вопреки соглашенію, недѣятельнымъ ненаказуемъ, если его бездѣйствіе можетъ быть разсматриваемо какъ добровольное отступленіе отъ покушенія, или если онъ вообще не произвелъ ничего такого, чтобы находилось въ причинной связи съ послѣдствіемъ. Кто поэтому ограничился только тѣмъ, что заявилъ о своей готовности принять участіе въ совершеніи дѣянія, остается ненаказуемымъ, если онъ беретъ назадъ свое обѣщаніе до учиненія преступнаго дѣянія. Тотъ же, который уже учинилъ какое-либо дѣйствіе совмѣстно съ другими, можетъ избавиться наказанія только подъ условіемъ уничтоженія имъ результатовъ своей дѣятельности, для чего, при извѣстныхъ условіяхъ можетъ быть требуемо, чтобы онъ воспрепятствовалъ совершенію дѣянія. Такимъ образомъ подстрекатель, который, вопреки данному обѣщанію участвовать вмѣстѣ съ другими въ учиненіи дѣянія, оставался въ бездѣйствіи, подлежитъ за совершенное преступленіе отвѣтственности, если не какъ совиновникъ, то какъ подстрекатель. Тотъ, кто, отказавшись отъ намѣренія дѣйствовать при учиненіи дѣянія въ качествѣ совиновника, ограничился дѣятельностью вспомогательною, можетъ быть наказанъ только какъ пособникъ.

г) Прикосновенность къ преступленію.

I.

Geyer, Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung, стр. 417 и слѣд.

Такъ называемое благопріятствованіе преступленію (Begünstigung des Verbrechens, Vorschubleistung) есть преступленіе противъ правосудія, хотя и разсматривается обыкновенно въ доктринѣ и законодательствахъ въ связи съ соучастіемъ въ преступленіи, и до послѣдняго времени нерѣдко носило названіе послѣдующаго соучастія (concursus subsequens ad delictum). Между понятіями прикосновенности и соучастія существуетъ внутренняя связь; тогда какъ соучастіе можетъ быть опредѣлено, какъ намѣренное содѣйствованіе возникновенію преступленія, благопріятствованіе есть намѣренное противодѣйствіе юридическимъ послѣдствіямъ преступленія. Пособникъ содѣйствуетъ возникновенію того зла, которое дѣлаетъ преступленіе злодѣяніемъ (welches das Verbrechen zur Uebelthat macht); благопріятствователь (fautor criminalis) способствуетъ тому, чтобы зло, уже возникшее, продолжало существовать (fördert die Fortdauer des schon entstandenen Uebels), препятствуя уничтоженію или исправленію его путемъ уголовной репрессіи (избавленіемъ преступника отъ преслѣдованія или наказанія), или дѣлая невозможнымъ возмѣщеніе вреда въ гражданскомъ порядкѣ (путемъ обезпеченія преступнику пользованія плодами преступленія). Нѣкоторые кодексы (австрійскій, гессенскій, тюрингенскій) совершенно неправильно признаютъ благопріятствователемъ того, кто завѣдомо извлекаетъ изъ преступленія выгоды, такъ какъ здѣсь недостаетъ характеристическаго признака благопріятствованія, хотя конечно благопріятствователь, вмѣстѣ съ намѣреніемъ избавить преступника отъ юридическихъ послѣдствій его дѣянія, можетъ соединять также и стремленіе къ собственной выгодѣ. Если въ этомъ послѣднемъ случаѣ, преступленіе, къ которому относится благопріятствованіе, является посягательствомъ противъ имущества, то благопріятствованіе получаетъ во многихъ новѣйшихъ кодексахъ названіе укрывательства (Hehlerei). Засимъ если укрывательство конструируется какъ имущественное преступленіе, съ отличнымъ отъ благопріятствованія законнымъ составомъ (какъ въ германскомъ уложеніи, § 259), то оно должно быть разсматри-

ваемо не въ отдѣлѣ о соучастіи, а вмѣстѣ съ прочими посягательствами противъ имущества.

Изъ понятія благопріятствованія, какъ способствованія упроченію того зла, которое воспроизведено преступленіемъ, слѣдуетъ, что моментъ совершенія преступленія не имѣетъ рѣшающаго значенія для вопроса о томъ, возможно ли еще соучастіе въ преступленіи или же только благопріятствованіе ему. Нерѣдко преступленіе является совершеннымъ прежде, чѣмъ наступаетъ то преднамѣренное преступникомъ послѣдствіе, которое придаетъ ему характеръ *злодѣянія*, такъ что „формальное совершеніе (formelle Vollendung oder Consummation)“ можетъ не совпадать съ „матеріальнымъ совершеніемъ (materielle Consummation).“ Кто завѣдомо содѣйствуетъ послѣднему, тотъ не будетъ благопріятствователемъ, какъ напр. кто помогаетъ вору унести украденныя вещи или стремится воспрепятствовать тушенію пожара, или кто, при длящемся преступленіи, способствуетъ тому, чтобы оно продолжало совершаться, напр. содѣйствуетъ держанію кого либо въ заключеніи, хотя здѣсь въ то время, къ которому относится такое содѣйствіе, преступленіе является уже выполненнымъ (формально). Съ другой стороны благопріятствующая дѣятельность можетъ начаться даже ранѣе момента совершенія того преступленія, къ которому такая дѣятельность относится, и чрезъ это она не дѣлается соучастіемъ; но благопріятствованіе становится соучастіемъ, если оно было обѣщано до окончанія преступной дѣятельности (ante delictum perfectum); если въ этомъ случаѣ обѣщаніе выполняется, то существуетъ совокупность соучастія и благопріятствованія. Само собою понятно, что не будетъ благопріятствованіемъ выполненіе начатаго другимъ преступленія (покушенія), но благопріятствованіе конечно можетъ привходить и къ покушенію на преступленіе, насколько противодѣйствіе юридическимъ послѣдствіямъ покушенія вообще представляется возможнымъ. Наказаніе за благопріятствованіе должно находиться въ соотвѣтствіи съ наказуемостью того преступленія, къ которому оно относится (главнаго преступленія), но чрезъ это благопріятствованіе ни въ какомъ случаѣ не дѣлается accessorium главнаго преступленія въ томъ смыслѣ, какъ пособничество. Послѣднее всегда является преступнымъ посягательствомъ противъ объекта преступленія того лица, которому оказывается помощь; напротивъ *благопріятствованіе всегда остается преступленіемъ противъ правосудія*. На этомъ же основаніи возможность

благопріятствованія кульпознымъ преступленіямъ представляется несомнѣнною; съ другой стороны благопріятствованіе полицей скимъ нарушеніямъ, въ виду маловажности послѣднихъ, должно оставаться ненаказуемымъ.

Согласно изложенному, благопріятствованіе совершаетъ: 1) тотъ, кто старается избавить преступника отъ уголовнаго преслѣдованія или исполненія надъ нимъ наказанія. Такова прежде всего дѣятельность, относящаяся къ личности преступника: доставленіе ему убѣжища, сокрытіе его, содѣйствіе его побѣгу и т. д. Сюда же относится сокрытіе слѣдовъ и уликъ преступленія, напр. сокрытіе трупа убитаго, уничтоженіе поддѣланныхъ документовъ и т. п. 2) виновнымъ въ благопріятствованіи является тотъ, кто старается обезпечить за преступникомъ пользованіе выгодами отъ преступленія, т. е. прячетъ съ этою цѣлью вещи, добытыя преступленіемъ, хлопочетъ объ ихъ сбытѣ и т. п. При этомъ конечно предполагается, что благопріятствованіе не выражается въ такихъ дѣйствіяхъ, кои являются самостоятельными преступленіями, какъ напр. укрывательство, освобожденіе заключеннаго, лжесвидѣтельство, лжеприсяга и т. д. Благопріятствованіе можетъ быть только умышленнымъ, являясь намѣреннымъ противодѣйствіемъ юридическимъ послѣдствіямъ наказуемаго дѣянія, оно предполагаетъ сознаніе благопріятствователемъ того, что онъ содѣйствуетъ преступнику; конечно если онъ только сомнѣвается въ томъ, наказуемо или нѣтъ то дѣйствіе, которому онъ благопріятствуетъ, то этимъ не исключается возможность dolus eventualis. Спеціальное знаніе рода и наказуемости главнаго дѣянія не составляетъ необходимаго условія наказуемости благопріятствованія, но должно быть принимаемо въ соображеніе при опредѣленіи мѣры наказанія виновному. Если благопріятствованіе полицейскому нарушенію не облагается по закону наказаніемъ и дѣятель ошибочно полагаетъ, что благопріятствуетъ полицейскому нарушенію, то онъ остается ненаказуемымъ; точно также онъ не подлежитъ никакому наказанію, если онъ дѣйствовалъ въ ошибочномъ предположеніи, что благопріятствуетъ преступнику, тогда какъ въ дѣйствительности лицо не совершило никакого преступленія. Такъ какъ благопріятствованіе является самостоятельнымъ преступленіемъ, то, казалось-бы, слѣдуетъ допустить возможность покушенія на него. Послѣднее однако недопустимо, ибо для того, чтобы благопріятствованіе могло почитаться оконченнымъ, не требуется, чтобы лицу удалось достигнуть цѣли благопріятствованія, а достаточно только факта противодѣйствія

юридическимъ послѣдствіямъ преступленія. Соучастіе въ благопріятствованіи вполнѣ возможно, такъ какъ послѣднее является самостоятельнымъ преступленіемъ, а потому можетъ быть и главнымъ преступленіемъ. Такимъ образомъ тотъ, кто скрываетъ укрывателя убійцы отъ розыскивающей его власти, долженъ подлежать наказанію за благопріятствованіе благопріятствованію (Begünstigung der Begünstigung).

При опредѣленіи наказанія за благопріятствованіе должно быть принимаемо въ соображеніе то главное преступленіе, къ которому благопріятствованіе относится; но размѣръ этого наказанія долженъ быть значительно ниже наказанія за пособничество. Благопріятствованіе въ видѣ ремесла правильно признается многими законодательствами квалифицированнымъ, но оно ни въ какомъ случаѣ не должно быть разсматриваемо, какъ пособничество. Правильнымъ также является взглядъ новѣйшихъ законодательствъ, принимающихъ во вниманіе личныя отношенія благопріятствователя къ благопріятствуемому (родство, супружескія отношенія, свойство); такое же значеніе надлежитъ признать за отношеніями жениха къ невѣстѣ и близкими домашними отношеніями (nahe häusliche Verhältnisse). При наличности такихъ отношеній, благопріятствованіе должно оставаться ненаказуемымъ, если только оно оказывалось не ради собственной выгоды или интереса, а изъ личнаго участія къ преступнику, съ цѣлью избавить его отъ уголовнаго преслѣдованія или наказанія.

Въ настоящее время можно считать общепризнаннымъ то положеніе, что благопріятствованіе не можетъ быть совершено посредствомъ простаго упущенія (durch blosse Unterlassungen), если въ таковомъ упущеніи не заключается никакого противодѣйствія юридическимъ послѣдствіямъ преступленія. Безспорнымъ является также то, что послѣдующее согласіе или одобреніе совершеннаго преступленія не составляетъ благопріятствованія, но, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ явиться самостоятельнымъ преступленіемъ (напр. одобреніе нанесенной обиды можетъ явиться оскорбленіемъ одобреніе наказуемыхъ дѣйствій, по нѣкоторымъ законамъ, является преступленіемъ противъ публичнаго порядка и т. п.). Что касается вопроса о наказуемости недонесенія о совершенномъ преступленіи, то утвердительное разрѣшеніе его является несомнѣннымъ, какъ скоро въ такомъ упущеніи заключается нарушеніе служебнаго долга. Но внѣ этихъ случаевъ, для наказуемости недонесенія о

совершенномъ преступленіи еще труднѣе подъискать юридическое основаніе, чѣмъ для наказуемости донесенія о предстоящемъ преступленіи. Засимъ само собою разумѣется, что обѣщаніе не доносить о преступленіи, данное передъ его совершеніемъ, является или пособничествомъ или подстрекательствомъ.

II.

Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, стр. 271 и слѣд.

По мнѣнію автора, благопріятствованіе преступленію относится къ соучастію и никакъ не можетъ быть разсматриваемо какъ преступленіе противъ правосудія (ein Delict gegen die Rechtspflege). Послѣдующее способствованіе преступленію можетъ быть оказано двоякимъ образомъ: 1) *положительно* (in positiver Weise), способствованіемъ достиженію положительныхъ результатовъ преступленія, каково напр. препятствованіе излѣченію раны, нанесенной преступнымъ путемъ, препятствованіе исправленію поврежденной вещи и т. п.) и 2) *отрицательно*, воспрепятстованіемъ юридическому уничтоженію преступленія, куда относятся всѣ случаи, гдѣ лицо дѣйствуетъ съ цѣлью помѣшать наказанію преступленія (сокрытіе виновнаго отъ преслѣдованія, содѣйствіе бѣгству чрезъ доставленіе матеріальныхъ средствъ или дачу совѣта, уничтоженіе слѣдовъ преступленія или виновничества въ интересахъ преступника, лжесвидѣтельство въ его пользу, ложныя увѣренія въ просьбѣ о помилованіи виновнаго и т. п. Наименованіе перваго вида благопріятствованія— личнымъ (persönliche Begünstigung) а втораго — вещнымъ (sachliche Begünstignng) представляется неточнымъ, такъ какъ въ обоихъ случаяхъ благопріятствованіе можетъ касаться и личности того, кому оно оказывается.

Благопріятствованіе всегда предполагаетъ наличность совершеннаго *преступленія*, а вмѣстѣ съ тѣмъ—что совершитель этого преступленія былъ способенъ ко вмѣненію. Преступленіе, къ которому благопріятствованіе относится, должно быть оконченнымъ, въ юридическомъ смыслѣ. Что касается субъективной стороны благопріятствованія, то оно мыслимо и въ формѣ неосторожнаго учиненія его; но понятно, что положительное право отказывается въ этомъ случаѣ отъ преслѣдованія.

Благопріятствованіе является оконченнымъ, какъ только преступнику дѣйствительно оказана помощь въ вышеуказанномъ смы-

слѣ. Благопріятствованіе не исключаетъ возможности покушенія со стороны виновнаго, но германское уложеніе не облагаетъ таковое наказаніемъ. Личныя качества дѣятеля оказываютъ такое же вліяніе на наказуемость благопріятствованія, какъ и при соучастіи. Равнымъ образомъ слѣдуетъ признать возможнымъ соучастіе въ благопріятствованіи, т. е. возможность благопріятствованія благопріятствованію, коль скоро законъ возводитъ его на степень самостоятельнаго преступленія; можно сомнѣваться лишь въ томъ, чтобы участіе самого дѣятеля въ благопріятствованіи собственному преступленію могло быть поставлено ему въ вину. На томъ же основаніи вопросъ о возможности стеченія благопріятствованія съ другими видами соучастія долженъ быть разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ. Отягчающимъ обстоятельствомъ при обоихъ видахъ благопріятствованія является учиненіе его ради собственной выгоды, разумѣя подъ выгодою не только имущественную прибыль, но всякую пользу, извлекаемую благопріятствователемъ для себя (въ противоположность дѣйствованію въ интересахъ виновнаго). Съ другой стороны благопріятствованіе втораго вида является, по германскому уложенію, привиллегированнымъ и ненаказуемымъ, въ случаѣ учиненія его однимъ изъ близкихъ виновному лицъ, съ цѣлью избавленія послѣдняго отъ наказанія; при этомъ предполагается, что благопріятствованіе учинено *только* въ видахъ самого виновнаго; свойство же мотива, руководившаго при этомъ дѣятелемъ, представляется безразличнымъ. Безнаказанность устраняется, коль скоро благопріятствованіе явилось результатомъ обѣщанія, даннаго виновнику однимъ изъ близкихъ ему лицъ до совершенія дѣянія. Наказаніе за благопріятствованіе не должно превышать наказанія, угрожающаго за то преступленіе, къ которому оно относится.

Постановленіе германскаго уложенія, въ силу котораго благопріятствованіе, заранѣе (прежде совершенія дѣянія) обѣщанное, наказывается всегда какъ пособничество, не можетъ быть признано правильнымъ: во 1-хъ, предварительное обѣщаніе можетъ не оказать никакого вліянія на учиненіе дѣянія и въ такомъ случаѣ несправедливо наказывать благопріятствованіе наравнѣ съ пособничествомъ; во 2-хъ, оно можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, подѣйствовать на будущаго совершителя преступленія, какъ подстрекательство (а тогда неправильно наказывать такое благопріятствованіе только какъ пособничество), и наконецъ въ 3-хъ, пособни-

чество, заключающееся въ обѣщаніи благопріятствованія, здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, должно-бы подлежать наказанію независимо отъ благопріятствованія (neben der Begünstigung selbst gestraft werden müsste).

Укрывательство является, съ теоретической точки зрѣнія, лишь особымъ подвидомъ благопріятствованія (als eine besondere Unterart der Begünstigung). Германское уложеніе выдѣлило изъ благопріятствованія одинъ лишь видъ укрывательства, именно такъ называемое вещное укрывательство (sachliche Begünstigung oder Sachhehlerei).

III.

Haus, Principes du droit pénal belge, изд. 1874 г., стр. 424 и слѣд.

Всякое преступное соучастіе предполагаетъ такія дѣйствія, которыя предшествуютъ или сопутствуютъ главному дѣйствію, или составляютъ его часть. Но и послѣ того, какъ преступленіе уже совершено, дѣятели, не принимавшіе въ его совершеніи никакого участія, могутъ совершать такія дѣянія, которыя связаны съ этимъ преступленіемъ, какъ слѣдствіе съ причиною. Эти послѣдующія дѣянія не могутъ однако быть разсматриваемы, какъ акты соучастія; въ тѣхъ случаяхъ, когда они наказуемы, они образуютъ новыя преступленія, прикосновенныя къ тому преступленію, съ которымъ они находятся въ причинномъ соотношеніи (ils constituent de nouveaux délits, connexes au crime avec lequel ils se trouvent dans un rapport de causalité). Впрочемъ, если такія послѣдующія дѣйствія были обѣщаны до учиненія дѣянія, то существуетъ преступное соучастіе въ преступленіи, совершеніе котораго было облегчено и, быть можетъ, даже вызвано такимъ обѣщаніемъ. Тѣ, которые послѣдующими дѣйствіями сознательно и умышленно благопріятствуютъ виновникамъ преступленія или проступка, называются укрывателями (fautores delicti). Укрыватель имѣетъ намѣреніе или избавить виновнаго отъ преслѣдованія правосудія, или обезпечить за нимъ, или подѣлить съ нимъ добытое преступленіемъ.

Изъ числа тѣхъ дѣйствій, которыми можно благопріятствовать преступникамъ, одни суть акты моральные, другіе—акты матеріальные. Къ первой категоріи относятся одобреніе и согласіе, выраженныя послѣ совершенія, награда, обѣщанная дѣятелю, и въ особенности ложное показаніе, данное на судѣ въ его пользу. Одо-

бреніе и даже выраженіе своего согласія на такое преступленіе, которое уже совершено, законъ не возводитъ на степень преступленія, хотя бы лицо, выразившее свое согласіе на преступленіе, принимало его, такъ сказать, за свой счетъ и даже прямо заявляло, что если бы съ нимъ посовѣтовались ранѣе совершенія дѣянія, то оно бы приказало его совершить. Награжденіе дѣятеля за совершеніе преступленія равнымъ образомъ не составляетъ преступленія. Но если награда является выполненіемъ заранѣе даннаго обѣщанія, то послѣднее будетъ составлять актъ соучастія. Лжесвидѣтельство въ пользу обвиняемаго или лица, находящагося подъ слѣдствіемъ, составляетъ преступленіе или проступокъ. Главнѣйшіе матеріальные акты, въ коихъ выражается благопріятствованіе преступникамъ, суть: содѣйствіе побѣгу и укрывательство. Законъ оставляетъ безнаказаннымъ того, кто благопріятствуетъ побѣгу преступника, еще не подвергшагося задержанію. Но въ случаѣ бѣгства арестанта, лица, приставленныя для его препровожденія или присмотра за нимъ, и даже тѣ, которые, не будучи обязаны присмотромъ или препровожденіемъ арестанта, даютъ ему возможность совершить побѣгъ или облегчатъ таковой, не избавляются отъ установленныхъ въ законѣ наказаній. Законъ освобождаетъ отъ наказанія, при отсутствіи отягчающихъ вину обстоятельствъ, только восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ, супруга или супругу, хотя бы разведенныхъ, сестеръ или братьевъ заключеннаго или свойственниковъ въ тѣхъ же степеняхъ, которые, не бывъ обязаны препровожденіемъ арестанта или присмотромъ за нимъ, дали ему возможность бѣжать или облегчили его побѣгъ. Укрывательство, въ качествѣ способа благопріятствованія виновнымъ, можетъ имѣть своимъ предметомъ лица или вещи. Законъ наказываетъ, во первыхъ, лицъ, завѣдомо укрывавшихъ лазутчиковъ непріятеля или непріятельскихъ нижнихъ чиновъ, посланныхъ на рекогносцировку; во вторыхъ, тѣхъ, которые скрыли или дали возможность скрыться лицамъ, завѣдомо для нихъ, подвергшимся уголовному преслѣдованію или осужденнымъ за преступленіе, устанавливая однако изъятіе для восходящихъ или нисходящихъ родственниковъ, супруга или супруги, братьевъ или сестеръ и свойственниковъ въ тѣхъ же степеняхъ, укрывающихъ преступниковъ. Укрывательствомъ, въ смыслѣ закона, будетъ сокрытіе трупа убитаго или умершаго отъ нанесенныхъ ему побоевъ или ранъ; но законъ не инкриминируетъ сокрытіе орудій, послужившихъ

средствомъ совершенія преступнаго дѣянія или какихъ либо иныхъ предметовъ, могущихъ служить уликою. Укрывательство вещей похищенныхъ, присвоенныхъ или добытыхъ посредствомъ преступленія или проступка, наказывается не какъ актъ соучастія, а какъ спеціальное, преступленіе, delictum sui generis, облагаемое въ видѣ общаго правила исправительными наказаніями, но влекущее за собою заключеніе въ смирительный домъ въ томъ случаѣ, когда законъ угрожаетъ виновникамъ преступленія смертною казнью или безсрочными каторжниками работами. Вопросъ о томъ, какимъ путемъ перешла вещь во владѣніе укрывателя, не имѣетъ значенія для состава преступленія. Укрывательство существуетъ, хотя бы подсудимый ограничился продажею вещи за счетъ похитителей, допускалъ лишь храненіе ея въ своемъ домѣ, или даже уплатилъ за неё ея стоимость. Сколько времени обладалъ укрыватель вещью, это представляется безразличнымъ; равнымъ образомъ для наличности укрывательства не требуется, чтобы изъ похищенныхъ предметовъ была извлечена какая либо выгода. Укрывательство предполагаетъ, что вещи были украдены другимъ лицомъ; воръ, который хранитъ похищенную вещь, не можетъ быть преслѣдуемъ за укрывательство; но при этомъ нѣтъ надобности, чтобы укрыватель получилъ вещь отъ самого вора или его пособника; вещь можетъ быть получена напр. отъ перваго укрывателя, который, не имѣя возможности сохранить её въ безопасности, передалъ её другому. Что касается моральнаго элемента разсматриваемаго преступленія, то необходимо, чтобы обвиняемый зналъ о томъ, что вещь добыта посредствомъ преступленія или проступка. Знаніе это предполагается *во время укрывательства*, т. е. въ тотъ самый моментъ, когда вещь получена. Нельзя наказывать, какъ укрывателя, того, кто спряталъ вещь впервые послѣ того, какъ узналъ, что она похищена. La connaissance posterieurement acquise du vice qui affecte la chose, exclut l'intention frauduleuse du possesseur. Не требуется впрочемъ, чтобы укрывателю были также извѣстны и обстоятельства, отягчающія преступленіе; но если съ этими отягчающими обстоятельствами законъ соединяетъ смертную казнь или безсрочныя каторжныя работы для совершителей преступленія, и укрыватель, во время укрывательства, зналъ о существованіи такихъ обстоятельствъ, то онъ подвергается заключенію въ смирительномъ домѣ. Для признанія виновности лица въ укрывательствѣ, недостаточно однако факта полученія вещей съ знаніемъ о томъ,

что таковыя добыты посредствомъ преступленія или проступка; необходимо кромѣ того, чтобы лицо получило ихъ съ мошенническимъ намѣреніемъ (dans une intention frauduleuse), т. е. съ намѣреніемъ или самому ими воспользоваться, или содѣйствовать виновникамъ или участникамъ преступленія въ извлеченіи изъ нихъ выгодъ, такъ какъ обманъ именно и заключается въ намѣреніи доставить самому себѣ или другому лицу противузаконныя выгоды. Знаніе того, что вещь опорочена, обыкновенно предполагаетъ въ укрывателѣ мошенническое намѣреніе, но правило это не можетъ считаться безусловнымъ. Лица, получившія вещи, похищенныя ихъ супругами, близкими родственниками или свойственниками, могутъ укрывать таковыя завѣдомо о преступномъ ихъ пріобрѣтеніи, но безъ всякаго намѣренія извлечь изъ нихъ какія либо выгоды. Тотъ, кто скрылъ, изъ какого нибудь безкорыстнаго мотива, по чувству долга, вещи, похищенныя его отцомъ, братомъ, не можетъ подлежать наказанію, опредѣленному за укрывательство, такъ какъ въ этомъ случаѣ онъ исполнилъ долгъ, который пользуется признаніемъ и съ точки зрѣнія самого закона.

IV.

Merkel, Begünstigung und Hehlerei (im Holtz. Handb., B. III, стр. 735 и слѣд., и B. IV, стр. 419 и слѣд.

Понятіе благопріятствованія (Begünstigung) предполагаетъ такой образъ дѣйствій, посредствомъ котораго препятствуется или затрудняется юридическое уничтоженіе (уголовное и гражданское) совершеннаго другимъ лицомъ преступленія. Благопріятствованіе противуполагается пособничеству; тогда какъ въ послѣднемъ выражается способствованіе преступной попыткѣ, первое состоитъ въ препятствованіи ея нейтрализаціи. Благопріятствователь и участникъ являются виновными въ одномъ и томъ же правонарушеніи (sind schuldig in Beziehung auf die nämliche Rechtsstörung), только одни обосновываютъ таковое, а другіе содѣйствуютъ его упроченію (dieselbe aufrecht erhalten helfen). Германское уложеніе уничтожило, по крайней мѣрѣ внѣшнимъ образомъ, эту связь благопріятствованія съ соучастіемъ и перенесло первое, въ качествѣ самостоятельнаго вида преступленія, въ особенную часть, гдѣ оно вмѣстѣ съ укрывательствомъ (Hehlerei und Partirerei) включено въ группу корыстныхъ преступленій. Въ мотивахъ по этому поводу приведены нижеслѣдующія соображенія: „Im Anschluss an die in der

Wissenschaft vertretene Ansicht, dass es sich bei einer Begünstigung nicht um eine Theilnahme, sondern um ein selbständiges Vergehen (delictum sui generis), wenn auch von accessorischer Natur, handele, und es daher angemessen sei, die Begünstigung aus der ihr herkömmlich zugewiesenen Verbindung mit den Bestimmungen über die Theilnahme am Verbrechen loszulösen und sie im besonderen Theile im Zusammenhange mit der Hehlerei zu behandeln, hat der C. in dem vorliegenden Abschnitte die Begünstigung und Hehlerei gemeinsam behandelt und... die Begünstigung nicht in den allgemeinen Theil aufgenommen. Er glaubte dies um so mehr thun zu sollen, als sich die Begünstigung von der eigentlichen Hehlerei, d. h. der Hehlerei in Betreff von Personen nur dadurch unterscheidet, dass zwar nicht bei der Begünstigung, wohl aber bei der Hehlerei die Handlung um des eigenen Vortheils wegen geschieht". Не трудно, однако, показать, что благопріятствованіе вслѣдствіе этого получило въ кодексѣ ненадлежащее мѣсто. Согласно тому общему опредѣленію благопріятствованія, которое даетъ § 257 уложенія, оно имѣетъ столько же отношенія къ кражѣ, какъ и ко всякому другому преступленію. Благодаря же установленію такой, чисто внѣшней, связи благопріятствованія съ кражею и мошенничествомъ, характерные признаки этой формы виновности не выступаютъ наружу, оставаясь сокрытыми. Несравненно правильнѣе было-бы, какъ предлагалъ Binding, отнести благопріятствованіе, являющееся помѣшательствомъ выполненію задачи правосудія, въ VI главу особенной части, заключающую въ себѣ преступленія противъ государственной власти.

Было бы ошибочно видѣть отличительный признакъ благопріятствованія въ способствованіи интересамъ лица, принимавшаго участіе въ качествѣ виновника или участника въ совершенномъ преступленіи, ибо подъ понятіе укрывательства, между прочимъ, подходятъ и тѣ случаи, въ которыхъ благопріятствователю вовсе не были извѣстны участники прежняго преступленія, когда притомъ у него не было и намѣренія быть имъ полезнымъ и образъ его дѣйствій фактически не приноситъ имъ никакой выгоды (таково наприм. укрывательство семейной кражи, предусмотрѣнной § 257); съ другой стороны, во всѣхъ этихъ случаяхъ лицо можетъ быть обвиняемо въ препятствованіи наступленію юридическихъ послѣдствій, служащихъ къ возмѣщенію причиненнаго преступленіемъ вреда, а съ тѣмъ вмѣстѣ въ косвенномъ благопріятствованіи совершенію даннаго рода преступленій. Такъ напр. тотъ, кто принимаетъ отъ укрывателя украденныя вещи (съ цѣлью ихъ сохраненія или дальнѣйшаго сбыта) затрудняетъ воз-

мѣщеніе вреда (въ гражданскомъ, или, смотря по обстоятельствамъ, и въ уголовномъ порядкѣ). Законъ расчленяетъ родовое понятіе, обозначенное вышеуказанными признаками, на благопріятствованіе (§ 257) и укрывательство (§ 258 — 62). Между тѣмъ понятіе укрывательства въ широкомъ смыслѣ, если его опредѣлить на основаніи отдѣльныхъ указаній, содержащихся въ законѣ (который не даетъ вовсе точнаго опредѣленія укрывательства), обнимаетъ собою благопріятствованіе во всемъ его объемѣ (die Begünstigung ihrer Totalität nach). Такимъ образомъ упомянутое подраздѣленіе родоваго понятія представляется неяснымъ, ибо важнѣйшіе изъ относящихся сюда случаевъ (предусмотр. § 250) съ равнымъ основаніемъ могутъ быть разсматриваемы, и какъ благопріятствованіе, и какъ укрывательство. Общимъ признакомъ всѣхъ случаевъ, относимыхъ къ укрывательству, является дѣйствованіе ради собственной выгоды; но такъ какъ признакъ этотъ играетъ роль и въ понятіи благопріятствованія, то онъ и не можетъ служить здѣсь отличительнымъ признакомъ. Укрывательство снова распадается на укрывательство въ тѣсномъ смыслѣ (Hehlerei im engeren Sinne) и предусматриваемое § 259 Partirerei (названіе, встрѣчающееся въ мотивахъ и заимствованное изъ Саксонскаго кодекса). Первое представляетъ ту особенность, что оно вмѣстѣ съ тѣмъ является и видомъ благопріятствованія, тогда какъ понятіе Partirerei не предполагаетъ наличности признаковъ, входящихъ въ составъ благопріятствованія. Основываясь на этомъ, мотивы называютъ Hehlerei укрывательствомъ личности преступника, а Partirerei—укрывательствомъ похищенныхъ вещей. Въ дѣйствительности существующее между этими подвидами различіе оказывается явственнѣе и значительнѣе, чѣмъ между укрывательствомъ въ тѣсномъ смыслѣ и благопріятствованіемъ, а потому правильность тѣхъ постановленій (§ 260—62), въ которыхъ Hehlerei i. e. s. и Partirerei разсматриваются какъ одно понятіе, противополагаемое понятію Begünstigung,—является весьма сомнительною. Die ganze Gliederung der Materie ist keine glückliche. Zusammengehöriges findet sich geschieden und innerlich Verschiedenes zusammengezwängt, und das ganze Detail der Bestimmungen verräth einen Mangel an Orientirung über die charakteristisc hen Merkmale der verschiedenartigen Handlungen, mit deren Normirung wir es in diesem Abschnitte zu thun haben.

Признавая, въ общемъ, установленіе трехъ категорій благопріятствованія правильнымъ, авторъ съ своей стороны предлагаетъ слѣдующую схему этихъ формъ виновности: 1) *Благопріятство-*

ваніе по отношенію къ уголовно-юридическимъ послѣдствіямъ преступленія. Оно можетъ встрѣчаться въ качествѣ accessorium при всякаго рода наказуемыхъ дѣяніяхъ. Наказуемость такого благопріятствованія находится прежде всего въ зависимости отъ наказуемости лица, которому оно было оказано, насколько благопріятствователю были извѣстны причины, обусловившія въ данномъ случаѣ примѣненіе наказанія. Устанавливаемое уложеніемъ ограниченіе понятія благопріятствованія преступленіями кражи, грабежа и утайки—является совершенно произвольнымъ. На какомъ основаніи тотъ, кто пытается избавить своего сына отъ наказанія за убійство, долженъ оставаться безнаказаннымъ, а тотъ, кто пытается избавить его отъ наказанія за кражу, подлежитъ наказанію? Вопросъ о томъ, дѣйствовалъ-ли благопріятствователь изъ своекорыстныхъ видовъ, имѣетъ, по отношенію къ данной категоріи, совершенно второстепенное значеніе. 2) *Благопріятствованіе по отношенію къ гражданскимъ послѣдствіямъ дѣянія.* Оно имѣетъ значеніе главнымъ образомъ въ качествѣ accessorium имущественныхъ преступленій и должно быть разсматриваемо самостоятельно лишь въ той мѣрѣ, поскольку оно направлено къ обезпеченію плодовъ преступленія, а не поскольку оно имѣетъ цѣлью уклоненіе отъ возмѣщенія убытковъ (die Vermeidung von Ersatzleistungen). При уголовно-юридической оцѣнкѣ подобныхъ дѣйствій первенствующее значеніе имѣетъ сумма тѣхъ цѣнностей (der Umfang der Werthe), преступное пользованіе которыми виновный желаетъ себѣ обезпечить. Въ пользу оставленія безнаказанными лицъ близкихъ къ виновному (какъ это дѣлаетъ уложеніе), здѣсь нельзя привести основательныхъ мотивовъ. Значеніе этого вида благопріятствованія значительно ниже, чѣмъ предъидущаго, а потому уложеніе совершенно неправильно устанавливаетъ для обоихъ видовъ одинаковыя санкціи. 3) *Препятствованіе, ради собственной выгоды, возмѣщенію вреда въ гражданскомъ порядкѣ, производимое въ видѣ корыстнаго промысла—Hehlerei.* Здѣсь идетъ рѣчь о наказуемости такихъ случаевъ, въ которыхъ признаки благопріятствованія, т. е. намѣреніе доставить выгоду участникамъ предыдущаго преступленія, встрѣчаются лишь случайно, а слѣдовательно по отношенію къ нимъ понятіе благопріятствованія оказывается недостаточнымъ (nicht als ausreichend und bzu. nicht als adäquat erscheint). Этого вида укрывательство главнымъ образомъ имѣетъ значеніе, какъ accessorium кражи, и самое большее, что сюда же можно

присоединить грабежъ, утайку и вымогательство съ насиліемъ; необходимо имѣть въ виду, что здѣсь идетъ рѣчь о восполненіи понятія благопріятствованія, а потому то, что обнимается этимъ послѣднимъ, уже не можетъ подлежать наказанію въ качествѣ Hehlerei. Вообще опредѣленіе этого вида укрывательства должно быть возможно узкимъ и точнымъ; по отношенію къ нему могутъ быть принимаемы тяжкія карательныя мѣры, но примѣненіе послѣднихъ должно быть весьма ограниченнымъ. Только опредѣленное въ этомъ смыслѣ укрывательство есть достаточное основаніе выдѣлять въ кодексѣ особо, какъ преступность въ видѣ ремесла; равнымъ образомъ здѣсь умѣстно присоединеніе къ наказанію ограниченія правъ и полицейскаго надзора.

По германскому уложенію, благопріятствованіе предполагаетъ слѣдующія условія: 1) наличность наказуемаго дѣянія, относящагося къ категоріи преступленій или проступковъ; сюда же относятся благопріятствованіе и укрывательство. Такимъ образомъ возможно благопріятствованіе по отношенію къ благопріятствованію или укрывательству. Затѣмъ преступное дѣяніе, которому благопріятствуютъ, можетъ быть оконченнымъ или остаться на степени покушенія. 2) Преступленіе это должно быть уже учинено въ то время, къ которому относится благопріятствованіе. 3) Содѣйствованіе виновнику или участнику, направленное или а) къ достиженію его личной безопасности, или б) къ обезпеченію ему пользованія плодами преступленія. Что касается перваго рода содѣйствованія, то нѣтъ надобности, чтобы благопріятствующая дѣятельность предшествовала постановленію судебнаго приговора. Она можетъ выражаться во вліяніи на ходъ уголовнаго процесса, или же въ помѣшательствѣ исполненію присужденнаго судомъ наказанія; сюда относится напр. тотъ случай, когда лицо подъ именемъ осужденнаго отбываетъ за него наказаніе. Во всякомъ случаѣ предполагается извѣстное стараніе воспрепятствовать наказанію виновнаго; поэтому простое недонесеніе о преступникѣ сюда не относится, хотя бы даже на виновномъ лежала такая обязанность. Содѣйствованіе втораго рода также предполагаетъ активную дѣятельность, и притомъ такую, которая направлена къ огражденію преступника отъ гражданскихъ юридическихъ послѣдствій преступленія. Простое участіе въ выгодахъ отъ преступленія, даже когда лицо было заранѣе въ этомъ обнадежено, сюда не относится. 4) Содѣйствіе должно быть оказано намѣренно.

5) Оно не должно быть обѣщано до совершенія преступленія, ибо иначе переходитъ въ пособничество. 6) Предполагается, что лицо, которому оказывается содѣйствіе (если рѣчь идетъ объ избавленіи его отъ наказанія) не относится къ числу »лицъ близкихъ« благопріятствователю.

Различіе въ наказуемости благопріятствованія обусловливается тѣмъ, дѣйствовалъ ли благопріятствователь ради собственной выгоды, или нѣтъ. Законъ устанавливаетъ для перваго случая въ пять разъ высшій максимумъ, чѣмъ для втораго. Въ обоихъ этихъ случаяхъ родъ и мѣра наказанія не должны превышать размѣра наказанія, угрожающаго за предшествовавшее преступлеіе (für das Vordeliet angedrohte); при этомъ обстоятельства, повліявшія in concreto на наказаніе благопріятствуемаго въ смыслѣ его смягченія, не принимаются во вниманіе. Наказуемость предшествовавшаго преступленія имѣетъ значеніе и въ другихъ случаяхъ, въ особенности въ томъ, гдѣ имѣлось въ виду избавить виновнаго отъ наказанія; чѣмъ выше послѣднее, тѣмъ сильнѣе долженъ быть наказанъ благопріятствователь, если только мѣра наказуемости перваго не зависитъ отъ такихъ обстоятельствъ, кои не были извѣстны благопріятствователю. Не безразличными, при опредѣленіи мѣры наказанія, являются также и личныя основанія для смягченія и отягченія наказанія, о которыхъ благопріятствователю было извѣстно. Тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ обезпеченіи выгодъ отъ преступленія, слѣдовательно объ избѣжаніи граждан скихъ послѣдствій преступленія, зависимость вины благопріятствователя отъ вины благопріятствуемаго является менѣе строгою. Въ этихъ случаяхъ прежде всего имѣетъ значеніе объемъ выгодъ, пользованіе которыми желалось обезпечить.

Благопріятствованіе, оказываемое ради собственной выгоды, коль скоро притомъ оно относится къ кражѣ, утайкѣ, грабежу или одному изъ преступленій, приравниваемыхъ закономъ къ послѣднему, получаетъ въ кодексѣ извѣстную самостоятельность подъ названіемъ Hehlerei. Практическое значеніе такой самостоятельности заключается въ томъ, что благопріятствованіе близкимъ лицамъ, съ цѣлью избавленія ихъ отъ наказанія, въ случаяхъ, относящихся къ Hehlerei, не остается безнаказаннымъ, какъ въ прочихъ случаяхъ. Во всѣхъ другихъ отношеніяхъ все, сказанное по поводу благопріятствованія, вполнѣ приложимо и къ этому его подвиду. Законъ различаетъ 2 степени Hehlerei, сообразуясь при

этомъ съ тяжестью предшествовавшаго преступленія. Что извѣстное преступленіе было дѣйствительно совершено, это конечно должно быть установлено судебнымъ приговоромъ. Относительно наказуемости Hehlerei надлежитъ отмѣтить ту особенность, что виновный можетъ быть присужденъ не только къ потерѣ гражданскихъ почетныхъ правъ, но и къ установленію полицейскаго надзора наряду съ тюрьмою и цухтгаузомъ (§ 262).

Partirerei находится въ близкомъ соотношеніи съ благопріятствованіемъ и укрывательствомъ въ тѣсномъ смыслѣ, направленными къ обезпеченію выгодъ, проистекающихъ изъ преступленія, но, обнимая собою часть случаевъ, относящихся къ этимъ преступленіямъ, Partirerei захватываетъ болѣе широкую область. Сходство между этими формами виновности существуетъ въ той мѣрѣ, поскольку онѣ имѣютъ цѣлью противодѣйствованіе возмѣщенію вреда въ гражданскомъ порядкѣ; различаются же онѣ въ слѣдующемъ: а) Partirerei не предполагаетъ, подобно благопріятствованію и укрывательству въ тѣсномъ смыслѣ, учиненіе преступленія или проступка, а только наличность наказуемаго дѣянія; b) Partirerei не предполагаетъ, подобно благопріятствованію и укрывательству, чтобы виновный зналъ о существованіи взаимной связи между его дѣятельностью и предшествовавшимъ наказуемымъ дѣяніемъ; въ этомъ отношеніи достаточно, чтобы съ его стороны имѣлась culpa lata; c) не требуется, чтобы эта дѣятельность имѣла здѣсь, какъ въ другихъ случаяхъ, характеръ продуктивнаго содѣйствія (den Charakter einer Beistandleistung).

Partirerei предполагаетъ слѣдующія положительныя условія: а) вещь, добытую посредствомъ наказуемаго дѣянія, т. е. что путемъ преступленія вещь поступила въ исключительное обладаніе виновнаго; этимъ исключаются тѣ вещи, которыя воспроизведены наказуемымъ дѣяніемъ; b) это наказуемое дѣяніе должно быть дѣломъ третьяго лица; если, впрочемъ, обвиняемый участвовалъ въ совершеніи этого дѣянія лишь въ качествѣ подстрекателя или пособника, то § 259 улож. можетъ быть къ нему примѣненъ; въ остальномъ это наказуемое дѣяніе можетъ заключать въ себѣ самые разнообразные признаки; c) дѣяніе это должно быть окончено прежде, чѣмъ былъ учиненъ актъ, обосновывающій Partirerei. Такъ Partirerei при утайкѣ предполагаетъ, что актъ присвоенія со стороны другаго лица уже воспослѣдовалъ; если же этотъ актъ состоялъ въ продажѣ ввѣренныхъ или найденныхъ вещей, то въ покупкѣ таковыхъ слѣдуетъ видѣть

лишь участіе въ утайкѣ, а не укрывательство, ибо купленная вещь не была здѣсь добыта посредствомъ наказуемаго дѣянія; d) наличность такого дѣянія виновнаго, которое непосредственно относится къ вещи, добытой предшествующимъ преступленіемъ; деньги, полученныя отъ сбыта вещи, не могутъ, въ этомъ случаѣ, замѣнять самой вещи; e) возможность совершенія дѣянія должна быть обусловлена предшествовавшимъ преступленіемъ; не требуется, однако, чтобы виновный получилъ вещь непосредственно отъ совершителя преступленія; f) дѣяніе виновнаго должно выражаться въ сокрытіи вещи, куплѣ, пріемѣ, въ закладъ или иномъ способѣ добыванія вещи; простаго пріобрѣтенія права на вещи недостаточно и дѣятель долженъ вступить въ фактическое распоряженіе ею. Такъ договоръ купли-продажи, не сопровождавшійся передачею вещи, не удовлетворяетъ требованію § 259. Наконецъ Partiererei можетъ выражаться въ содѣйствіи сбыту другими вещей, добытыхъ посредствомъ преступнаго дѣянія. Предполагается ли при этомъ непремѣнно продуктивное содѣйствіе (erfolgreiches Mitwirken)—это вопросъ спорный, но если вообще сбытъ не имѣлъ мѣста, то нѣтъ и никакого содѣйствія. Всѣ упомянутые акты должны имѣть цѣлью сохраненіе вещи или обращеніе ея въ денежную цѣнность, причемъ, однако, не предполагается, что это дѣлается для доставленія выгоды похитителю, или же, что послѣдній фактически извлекъ для себя изъ этого пользу; g) виновный долженъ знать о томъ, что вещь добыта противузаконно, или, по крайней мѣрѣ, предполагать это по даннымъ обстоятельствамъ; h) дѣяніе должно быть учинено ради собственной выгоды.

Partiererei также можетъ влечь за собою, наряду съ тюремнымъ заключеніемъ, какъ потерю гражданскихъ почетныхъ правъ, такъ и учрежденіе полицейскаго надзора. Въ качествѣ квалифицированныхъ видовъ благопріятствованія, уложеніе разсматриваетъ съ одной стороны укрывательство въ видѣ ремесла или по привычкѣ, а съ другой укрывательство, учиненное послѣ двукратнаго наказанія за укрывательство же. Оба эти вида укрывательства надлежитъ считать самостоятельными, взаимно независимыми, преступными формами, какъ это явствуетъ изъ мотивовъ къ проекту уложенія. Сообразно этому слѣдуетъ допустить возможность идеальной совокупности этихъ преступныхъ формъ

Между тѣмъ, замѣчаетъ авторъ, въ общемъ правилѣ, составъ

укрывательства, учиняемаго въ третій разъ заключаетъ въ себѣ признаки укрывательства, обратившагося въ привычку; тамъ же, гдѣ этого нельзя усмотрѣть, едва ли можетъ быть оправдано усиленіе наказанія. Совмѣстное существованіе въ кодексѣ преступленій въ видѣ ремесла, по привычкѣ и въ третій разъ носитъ на себѣ плеонастическій характеръ.

О СОВОКУПНОСТИ ПРЕСТУПЛЕНІЙ.

I.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, изд. 1863 г., стр. 234 и слѣд.

Его же: Grundsätze des Preussischen Strafrechts, изд. 1863 г., стр. 120 и слѣд.

Стеченіе нѣсколькихъ преступленій происходитъ, если 1) всѣ онѣ совершены однимъ и тѣмъ же лицомъ и притомъ 2) прежде, чѣмъ по которому нибудь изъ нихъ былъ постановленъ судебный приговоръ. Понятіе совокупности не находится въ зависимости отъ одновременности суда по нѣсколькимъ преступленіямъ. Преступленія, о которыхъ судебные приговоры состоялись разновременно, также могутъ образовать стеченіе, если только всѣ онѣ совершены были прежде постановленія приговора объ одномъ изъ нихъ. На этомъ основаніи та мѣра наказанія, которой преступникъ долженъ бы подвергнуться при одновременномъ постановленіи приговора о такихъ преступленіяхъ, не можетъ быть превышена и при не одновременномъ постановленіи о нихъ судебнаго приговора.

Идеальная или формальная совокупность (ein ideales oder formales Zusammentreffen) существуетъ тогда, если одно дѣяніе заключаетъ въ себѣ составъ нѣсколькихъ преступленій. Одно дѣяніе слѣдуетъ признать и тогда, если воспроизведено одно только послѣдствіе, но такое, которое носитъ на себѣ отпечатокъ нѣсколькихъ преступленій (напр. если совершенное любодѣяніе заключаетъ въ себѣ и изнасилованіе и кровосмѣшеніе), равно какъ и тогда, если однимъ дѣйствіемъ воспроизведены нѣсколько послѣдствій (напр. одно бранное слово задѣваетъ нѣсколькихъ лицъ, одинъ ударъ причиняетъ пораненіе многихъ). Реальная или матеріальная совокупность происходитъ въ томъ случаѣ, когда нѣсколько дѣяній заключаютъ въ себѣ составъ нѣсколькихъ преступленій. Для наличности совокупности дѣяній недостаточно, чтобы было нѣсколько намѣреній

и нѣсколько послѣдствій; для этого необходима совокупность дѣйствій, такъ чтобы составъ различныхъ преступленій былъ воспроизведенъ нѣсколькими различными и самостоятельными актами. Eine Handlung kann zwar mehrere Akte, aber ein Akt kann nie mehrere Handlungen enthalten. Въ „Grundsätze des Preussischen Strafrechts“: авторъ поясняетъ это положеніе слѣдующими примѣрами; лицо однимъ актомъ, единичнымъ отнятіемъ, похищаетъ сложенныя въ одинъ сундукъ вещи нѣсколькихъ лицъ. Въ этомъ случаѣ нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что существуетъ только одно дѣйствіе, только одна кража. Сомнѣніе скорѣе могло бы возникнуть тогда, если посягательству подверглась не собственность, а личность нѣсколькихъ индивидовъ, какъ въ томъ случаѣ, когда одинъ выстрѣлъ убиваетъ многихъ лицъ. Однако при болѣе строгомъ анализѣ надлежитъ признать и въ этихъ случаяхъ, несмотря ни наличность нѣсколькихъ намѣреній и нѣсколькихъ послѣдствій, одно только дѣйствіе, а слѣдовательно и одно только преступленіе. Zu einer Mehrheit der Handlungen gehört nicht blos Mehrheit der Absichten und Mehrheit der Erfolge, sondern auch Mehrheit desjenigen, was zwischen der Absicht und der Erfolge liegt.

Формально или матеріально стекающіяся преступленія могутъ быть однородными и разнородными. Матеріальная совокупность нѣсколькихъ однородныхъ преступленій называется также повтореніемъ (Wiederholung, Reiteratio). По отношенію къ формальному (идеальному) стеченію уже и въ общегерманскомъ правѣ преобладалъ тотъ взглядъ, что, вслѣдствіе единства дѣянія, въ этомъ случаѣ должно быть налагаемо на виновнаго только наказаніе, установленное для болѣе тяжкаго преступленія: менѣе важное преступленіе образуетъ, въ составѣ этого наказанія, лишь обстоятельство, вліяющее на опредѣленіе мѣры наказанія. Въ примѣненіи къ новѣйшимъ кодексамъ, взглядъ этотъ тѣмъ болѣе правиленъ, что они, почти при каждомъ отдѣльномъ преступленіи, предоставляютъ судьѣ значительный просторъ въ опредѣленіи наказанія, давая тѣмъ ему возможность принять во вниманіе самые разнообразные моменты наказуемости. Относительно матеріальной (реальной) совокупности существуютъ два противоположные взгляда и одинъ, занимающій между ними среднее мѣсто. 1) Принципъ сложенія наказаній (Kumulationsprincip) требуетъ, чтобы преступникъ подвергался суммѣ наказаній, слѣдующихъ за всѣ матеріально стекающіяся преступленія, по правилу: quot delicta, tot poenae. Это положеніе обык-

новенно подвергается ограниченіямъ, насколько этого требуетъ внѣшняя необходимость, слѣдовательно, тамъ, гдѣ за одно изъ стекающихся преступленій законъ угрожаетъ смертною казнью или пожизненнымъ лишеніемъ свободы. 2) Принципъ поглощенія наказаній (Absorptionsprincip), согласно которому наказанія за меньшія преступленія, при опредѣленіи наказанія по совокупности, отбрасываются. Преступникъ подвергается только тому наказанію, которымъ обложено самое тяжкое изъ конкуррирующихъ преступленій, причемъ, такъ же какъ и при идеальномъ стеченіи, меньшія преступленія принимаются въ соображеніе лишь какъ основанія для опредѣленія мѣры наказанія (als Zumessungsgründe). Девизомъ этого начала служитъ правило: poena major absorbet minorem. 3) Посредствующій принципъ (Mittleres princip) отвергаетъ, какъ сложеніе всѣхъ наказаній въ одно, такъ и поглощеніе меньшихъ наказаній тягчайшимъ.

Согласно сему началу, ставятъ требованіемъ, чтобы при исчисленіи виновнику наказанія, въ основаніе принималось наказаніе за тягчайшее изъ преступленій (poena major), но чтобы при этомъ допускалось усиленіе его въ виду другихъ менѣе тяжкихъ преступленій, или же, чтобы въ основаніе принималось суммарное наказаніе за всѣ преступленія (poena cumulata), но съ допущеніемъ нѣкотораго его смягченія. Первый способъ примѣненія этого принципа представляетъ преимущества по своей простотѣ, тогда какъ второй ведетъ къ искуственнымъ выкладкамъ, неумѣстнымъ при опредѣленіи наказанія. Принципъ сложенія наказаній несправедливъ и нецѣлесообразенъ. Онъ упускаетъ изъ виду, что въ томъ случаѣ, когда лицо, избѣжавъ наказанія за совершенное имъ преступленіе, ободряется этимъ къ совершенію дальнѣйшихъ преступленій, вина его на дѣлѣ менѣе значительна и что поэтому справедливость вовсе не требуетъ здѣсь сложенія наказаній. Принципъ этотъ упускаетъ изъ виду, что, съ точки зрѣнія общественной безопасности, вполнѣ достаточно, если преступникъ будетъ находиться подъ страхомъ чувствительнаго возвышенія наказанія, заслуженнаго имъ за прежнее преступленіе, въ случаѣ учиненія имъ дальнѣйшихъ преступленій, и что для этой цѣли нѣтъ надобности, чтобы такое возвышеніе было громаднымъ наказаніемъ, полученнымъ чрезъ сложеніе всѣхъ отдѣльныхъ наказаній, что по этому сложеніе наказаній является совершенно нецѣлесообразнымъ Принципъ поглощенія наказаній равнымъ образомъ несправедливъ

и нецѣлесообразенъ. Правда, безнаказанность поощрила преступника къ совершенію другихъ преступленій, но если изъ этого и вытекаетъ смягченіе его наказуемости, то во всякомъ случаѣ не поглощеніе одного наказанія другимъ. Справедливость требуетъ, чтобы преступникъ понесъ наказаніе за всѣ совершенныя имъ преступленія, цѣлесообразность же требуетъ, чтобы принципъ поглощенія не освобождалъ преступника, совершившаго тяжкое преступленіе, отъ всякой отвѣтственности за меньшія преступленія. Поэтому справедливымъ является только посредствующій принципъ; для примѣненія же его съ успѣхомъ можетъ служить вышеприведенная простѣйшая форма (poena major съ правомъ на усиленіе наказанія). Отрицаніе сложенія наказаній, заключающееся въ этомъ принципѣ, не слѣдуетъ однако объяснять только тѣмъ, что одновременное или непрерывное отбываніе суммарнаго наказанія за различныя преступленія превзошло бы справедливую мѣру «такъ какъ эта одновременность или непрерывность заключаетъ въ себѣ увеличеніе интенсивности наказанія, требующей уменьшенія его экстенсивности». Такое толкованіе могло бы легко привести къ противоположнымъ результатамъ, потому что многіе преступники постепенно привыкаютъ къ своему наказанію (an ihr Strafleiden) и тѣмъ легче переносятъ его тяжесть, чѣмъ далѣе ему подвергаются.

При идеальномъ стеченіи большая часть новѣйшихъ кодексовъ допускаютъ примѣненіе начала поглощенія наказаній. При реальномъ стеченіи большинство кодексовъ, хотя и исходятъ изъ начала сложенія наказаній, но до того видоизмѣняютъ его въ смыслѣ принципа поглощенія, что этимъ, по большей части, достигается примѣненіе посредствующаго начала, хотя при этомъ не удается вполнѣ избѣгнуть жестокости и неопредѣленности въ наказаніяхъ. Въ кодексахъ Вюртембергскомъ (ст. 115—121), Баденскомъ (ст. 170) и Саксонскомъ 1855 г. (ст. 78) принятъ посредствующій принципъ. Кодексъ австрійскій 1852 г. содержитъ въ § 34 слѣдующее постановленіе: «Если преступникъ совершилъ нѣсколько преступленій, которыя подлежатъ совмѣстному изслѣдованію и сужденію (welche Gegenstand der nämlichen Untersuchung und Aburtheilung sind), то его должно подвергнуть наказанію за то преступленіе, которое облагается сильнѣйшимъ наказаніемъ, причемъ должны быть приняты въ соображеніе и остальныя преступленія». Положеніе это взято изъ устарѣвшаго кодекса 1803 г., но ухудшено прибавленіемъ,

что всѣ преступленія должны быть предметомъ одного слѣдствія и суда. Въ прусскомъ кодексѣ 1851 г. (§ 56) принято въ основаніе начало сложенія наказаній, но въ § 57 оно уже подвергается ограниченію, именно: сумма срочныхъ наказаній лишеніемъ свободы никогда не должна превышать 20 лѣтъ заключенія для преступленій и 10 лѣтъ для проступковъ. Разнородныя наказанія лишеніемъ свободы замѣняются, съ сокращеніемъ ихъ сроковъ, однимъ тягчайшимъ изъ нихъ; тюремное заключеніе, при сложеніи наказаній, можетъ быть болѣе 5, но не свыше 10 лѣтъ. Въ силу закона отъ 9 марта 1853 года, § 56 уложенія дополненъ слѣдующимъ, совершенно отвергающимъ начало сложенія наказаній, постановленіемъ: „впрочемъ, что касается наказаній лишеніемъ свободы, то срокъ таковыхъ можетъ быть сокращаемъ до мѣры заключенія, опредѣленной для наиболѣе тяжкаго преступленія или проступка“. Практика распространила это начало на наказанія лишеніемъ правъ и полицейскій надзоръ, такъ что въ результатѣ получилъ примѣненіе посредствующій принципъ, хотя и въ крайне запутанной формѣ. Кодексъ саксонскій 1855 г. устраняетъ всякое различіе въ опредѣленіи наказаній для идеальнаго и реальнаго стеченій преступленій, установивъ и для того и для другаго примѣненіе начала poena major вмѣстѣ съ правомъ усиливать наказаніе. Кодексъ баварскій 1861 года, въ противоположность баварскому кодексу 1813 г., принялъ, для реальнаго стеченія, заимствованное изъ Code pénal начало поглощенія, уже отжившее и окончательно осужденное французскою и бельгійскою доктриною.

II.

Merkel, Die Strafanwendung beim Zusammenfluss von Verbrechen (im Holtz. Handb т. II, стр. 573 и слѣд.).

Особый характеръ получаетъ примѣненіе уголовнаго закона въ томъ случаѣ, когда субъектъ подлежитъ наказанію за нѣсколько самостоятельныхъ преступленій. Въ этомъ случаѣ говорится о совокупности или стеченіи преступленій (Verbrechensconcurrenz oder Zusammenfluss von Verbrechen). При этомъ необходимо различать совокупность нарушеній закона отъ совокупности законовъ, подъ которые можетъ быть подводимо одно и тоже преступленіе на основаніи извѣстныхъ признаковъ. Въ послѣднемъ случаѣ естественно можетъ имѣть примѣненіе только одинъ изъ стекающихся

законовъ, именно тотъ, который является наиболѣе полнымъ выраженіемъ какъ отягчающихъ, такъ равно и извиняющихъ обстоятельствъ (поэтому напр. къ лишенію жизни въ поединкѣ примѣнимы не общія постановленія о преступленіяхъ противъ жизни, а постановленія о квалифицированномъ поединкѣ). Стекающіяся правонарушенія должны представляться самостоятельными преступленіями, т. е. каждое изъ нихъ должно заключать въ себѣ составъ отдѣльнаго преступнаго вида (es muss jede von ihnen den Thatbestand einer Verbrechensart zu selbständiger Darstellung bringen). Этимъ совокупность преступленій отличается:

а) отъ того случая, въ которомъ несмотря на множественность правонарушеній понятіе даннаго преступленія не повторяется ни въ одномъ изъ своихъ законныхъ признаковъ (in keinem seiner Merkmale mehrfach zur Darstellung gebracht wird). Сюда относится тотъ случай, когда воръ дѣлаетъ для себя возможнымъ отнятіе вещи, посредствомъ взлома или насилія противъ ея владѣльца. Въ этомъ случаѣ отдѣльныя дѣйствія соотвѣтствуютъ различнымъ сторонамъ, признакамъ того же преступленія (квалифицированной кражи, грабежа). Но, положимъ, что нѣсколько разъ повторявшіяся истязанія причиняютъ смерть жертвы; здѣсь нѣсколько правонарушеній составляютъ, по отношенію къ ихъ общему послѣдствію одно преступленіе, убійство съ предумышленіемъ или убійство безъ предумышленія);

б) отъ того случая, когда отдѣльные, однако не всѣ признаки, образующіе понятіе преступленія, нѣсколько разъ повторяются (mehrfach zur Darstellung kommen). Сюда напр. относится тотъ случай квалифицированной кражи, когда взломъ или влѣзаніе сопровождаются многочисленными преступными актами присвоенія, сдѣлавшимися, благодаря взлому или влѣзанію возможными, или когда одно и тоже ложное показаніе подкрѣпляется многократнымъ, впродолженіи одного и того же процеса, принятіемъ присяги, или когда, наоборотъ, нѣсколько лживыхъ показаній подтверждаются общимъ увѣреніемъ, даннымъ подъ присягою и т. п.;

в) отъ случая, въ которомъ всѣ признаки понятія преступленія нѣсколько разъ повторяются, причемъ каждое изъ стекающихся дѣяній заключаетъ ихъ въ себѣ полностію, но вмѣстѣ съ тѣмъ эти дѣянія стоятъ по отношенію къ одному изъ признаковъ, или нѣсколькимъ, или же всѣмъ, въ такой связи между собою, которая представляется существенно важною для примѣненіе кара-

тельныхъ постановленій закона. Сюда напр. относится тотъ случай, когда посредствомъ многихъ дѣйствій, изъ коихъ каждое заключаетъ въ себѣ всѣ признаки наказуемаго поврежденія имущества, разрушается зданіе, публичный памятникъ или рельсовый путь, опустошается садъ, прорывается плотина и т. п., когда, напр., домъ или лѣсъ одновременно поджигается въ разныхъ мѣстахъ и такимъ образомъ подвергается совершенному разрушенію; или когда истязаніе, слагающееся изъ многочисленныхъ преступныхъ актовъ, имѣло послѣдствіемъ продолжительную болѣзнь потерпѣвшаго или неспособность его въ теченіи нѣсколькихъ недѣль къ работѣ, или потерю члена или способности и т. п.

Для случаевъ послѣдней категоріи криминалисты установляютъ понятіе „продолжаемаго преступленія", хотя правильнѣе было бы, замѣчаетъ авторъ, обозначать этимъ названіемъ предыдущіе случаи, описанные подъ буквами б и в. Въ противоположность совокупности нѣсколькихъ индивидуальныхъ правонарушеній понятіе продолжаемаго преступленія выражаетъ собою расширеніе или углубленіе одного правонарушенія (die Erweiterung oder Vertiefung einer Rechtsverletzung im Gegensatze zur Begehung einer Mehrheit von individuell geschiedenen Rechtsverletzungen). Попытка примѣнить къ этимъ формамъ виновности тѣ же начала, которыми опредѣляется наказуемость стеченія преступленій, приводитъ отчасти къ явно несостоятельнымъ результатамъ (напр. по отношенію къ давности) отчасти же встрѣчается съ непреодолимыми техническими трудностями (напр. при исчисленіи общаго наказанія по началамъ совокупности).

3) Согласно господствующему воззрѣнію, совокупность предполагаетъ кромѣ того, что данныя преступленія еще не погашены (noch ungetilgt), т. е. что заслуженныя виновнымъ наказанія еще не отбыты, не покрыты давностію или не прощены и что они подлежатъ отбытію или одновременно, или въ непосредственной взаимной связи. 4) Дальнѣйшимъ требованіемъ выставляется обыкновенно то, чтобы наказаніе за всѣ стекающіяся преступленія опредѣлялось въ одномъ общемъ приговорѣ, но такое требованіе вовсе не вытекаетъ изъ природы вещей.

Различаютъ идеальную (формальную, одновременную выражающуюся въ одномъ дѣяніи) совокупность, при которой стекающіяся правонарушенія происходятъ изъ одного и того же дѣйствія, и реальную (матеріальную, неодновременную, образуемую нѣсколькими дѣя-

ніями) совокупность, при которой конкуррирующія преступленія имѣютъ своимъ источникомъ отдѣльныя, самостоятельныя дѣйствія.

Такому различію многими уголовными кодексами придавалось то практическое значеніе, что въ случаѣ идеальной совокупности назначалось болѣе мягкое наказаніе. Причину такого различнаго отношенія къ разнымъ видамъ совокупности слѣдуетъ видѣть въ томъ, что относящіеся сюда случаи смѣшивались съ случаями простаго стеченія нѣсколькихъ законовъ; но въ самой природѣ вещей нельзя подъискать основанія для различной наказуемости обоихъ видовъ совокупности. Мнѣніе, что одновременное совершеніе нѣсколькихъ правонарушеній указываетъ на меньшую интенсивность преступной воли, вполнѣ бездоказательно. Нѣкоторые криминалисты полагаютъ, что понятіе идеальной совокупности, въ вышеприведенномъ его опредѣленіи, заключаетъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе: такъ какъ всякое преступленіе по самому существу своему есть дѣйствіе, то и совокупность преступленій, по мнѣнію ихъ, необходимо предполагаетъ совокупность нѣсколькихъ дѣйствій. Но понятіе преступленія и дѣйствія не тождественны; справедливо лишь то, что каждое преступленіе выражается въ дѣйствіи, но отсюда не слѣдуетъ, чтобы это дѣйствіе не могло служить вмѣстѣ съ тѣмъ посредствующимъ факторомъ для нѣсколькихъ правонарушеній (dass sie nicht die Vermittlerin mehrerer Rechtsverletzungen sein könne). Каждое преступленіе необходимо предполагаетъ наличность дѣятеля, однако изъ этого не слѣдуетъ, чтобы совокупность преступленій непремѣнно предполагала и нѣсколькихъ дѣйствующихъ лицъ. Идеальная совокупность въ свою очередь подраздѣляется на два вида: совокупность одного вида, когда уголовно-юридическое содержаніе какого либо единичнаго факта можетъ быть исчерпано лишь съ подведеніемъ его подъ нѣсколько уголовныхъ законовъ (напр. кровосмѣшеніе, заключающее въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ и признаки изнасилованія); другой видъ идеальной совокупности предполагаетъ существованіе нѣсколькихъ такихъ конкуррирующихъ правонарушеній, которыя, по отношенію къ ихъ послѣдствію, находятся въ полной независимости одно отъ другаго и связаны между собою только тѣмъ дѣйствіемъ, изъ котораго это послѣдствіе вытекаетъ (таково напр. убійство нѣсколькихъ лицъ посредствомъ одного и того же дѣйствія). Первый видъ идеальной совокупности обязанъ своимъ, такъ сказать, случайнымъ происхожденіемъ несовершенству законодательства, чего нельзя сказать о второмъ.

Стекающіяся преступленія могутъ быть нарушеніемъ или одного и того же закона или различныхъ законовъ (однородная и неоднородная совокупность). Это относится также и къ идеальной совокупности (таковъ, напр. случай оскорбленія нѣсколькихъ лицъ одними и тѣми же выраженіями). Германское уложеніе упоминаетъ только о неоднородной идеальной совокупности. Какъ смотритъ законодатель на однородную идеальную совокупность, этого не видно.

Безъ сомнѣнія одно то обстоятельство, что лицо, изобличенное въ одномъ преступленіи, совершило еще и другое преступленіе, не можетъ служить основаніемъ ни къ усиленію, ни къ смягченію наказанія за то преступленіе. Въ виду этого казалось бы вполнѣ послѣдовательнымъ и справедливымъ подъискать для каждаго изъ стекающихся преступленій соотвѣтственное наказаніе самостоятельно и затѣмъ, сложивъ полученные результаты, примѣнить это наказаніе во всемъ его объемѣ. Но эта такъ назыв. система сложенія наказаній (Cumulations-oder Strafhäufungssystem), въ основѣ которой лежитъ правило: „quot delicta, tot poenae" не принята въ видѣ правила, недопускающаго никакихъ изъятій, ни въ одномъ законодательствѣ. Въ большинствѣ уголовныхъ законодательствъ система сложенія встрѣчается вмѣстѣ съ системою поглощенія, согласно которой въ случаѣ стеченія должно быть назначаемо только то наказаніе, которое угрожаетъ за тягчайшее изъ стекающихся преступленій (poena major absorbet minorem). Для наиболѣе же многочисленныхъ случаевъ конструируется *средняя система*, причемъ отправною точкою при опредѣленіи наказуемости стеченія служитъ или наказаніе за тягчайшее изъ стекающихся преступленій, которое, затѣмъ возвышается или усиливается, сообразуясь съ свойствомъ прочихъ преступленій, или же суммарное наказаніе, получающееся путемъ сложенія отдѣльныхъ наказаній, часть котораго въ такомъ случаѣ отбрасывается.

Главнѣйшее (хотя обыкновенно и игнорируемое) основаніе для такого комбинированія двухъ, взаимно противорѣчащихъ системъ и въ особенности для не вполнѣ послѣдовательнаго проведенія принципа сложенія наказаній, заключается въ самомъ характерѣ нашей системы наказаній и въ свойствѣ карательныхъ мѣръ, примѣняемыхъ закономъ къ тяжкимъ и легкимъ преступленіямъ. Съ исчезновеніемъ квалифицированныхъ видовъ смертной казни, невозможность опредѣлить строго справедливое наказаніе за совокупность нѣсколькихъ злодѣяній сдѣлалась очевидною. Но

и по отношенію къ преступленіямъ средней тяжести, неуклонное приведеніе принципа сложенія наказаній немыслимо тамъ, гдѣ срочное наказаніе лишеніемъ свободы возросло до его maximum'а въ особенности, если это наказаніе варьируется въ очень узкихъ границахъ, и только въ опредѣленныхъ случаяхъ и незначительномъ объемѣ можетъ быть соединяемо съ побочными наказаніями. Наконецъ, что касается маловажныхъ преступленій, то хотя для назначенія наказаній по принципу сложенія здѣсь, въ большей части случаевъ, и оказалось бы достаточно простора въ предѣлахъ срочныхъ наказаній лишеніемъ свободы, но такимъ сложеніемъ наказаній игнорировалось бы различное юридическое значеніе отдѣльныхъ видовъ преступныхъ дѣяній, что было бы противно общему духу нашей карательной юстиціи. Послѣдняя не можетъ допустить, чтобы за оскорбленія назначалось такое наказаніе, которое слѣдуетъ за покушеніе на убійство, хотя бы даже винознымъ были оскорблены 100 лицъ и, слѣдовательно, произошло бы стеченіе 100 оскорбленій. Напротивъ, что касается денежныхъ взысканій, то ни природа ихъ, ни уголовно-политическія соображенія не обязываютъ устанавливать одинъ общій максимумъ возвышенія наказаній, какъ при наказаніяхъ лишеніемъ свободы, и потому здѣсь строгое проведеніе начала сложенія наказаній, представляясь вообще возможнымъ, допускается уголовными кодексами.

III.

Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, изд. 1881 г., стр. 653 и слѣд.

Совокупность преступленій имѣетъ мѣсто тогда, когда наказаніе должно быть опредѣлено за нѣсколько учиненныхъ однимъ и тѣмъ же лицомъ и еще не погашенныхъ преступныхъ дѣяній. Но при этомъ понятіе совокупности преступленій не предполагаетъ, согласно распространенному въ доктринѣ и успѣвшему уже перейти въ законодательства взгляду, чтобы наказаніе за стекающіяся преступленія опредѣлялось въ одномъ приговорѣ. Основаніе того модифицирующаго вліянія, которое совокупность преступленій оказываетъ на ихъ наказуемость, заключается не въ какомъ-либо взаимномъ соотношеніи стекающихся преступленій по времени (nicht in irgend welchem eigenthümlichen zeitlichen Verhältnisse), а единственно въ томъ, что нѣсколько наказаній подлежатъ одновременному или

непрерывно слѣдующему одно за другимъ исполненію (gleichzeitig oder continuirlich zu vollstrecken sind); было-бы поэтому правильнѣе говорить не о совокупности преступленій, а о совокупности наказаній. Такимъ образомъ начала, коими опредѣляется наказуемость въ случаѣ стеченія преступленій, не могутъ имѣть примѣненія въ тѣхъ случаяхъ когда за преступленіе, учиненное до первоначальнаго осужденія, должно быть опредѣлено наказаніе послѣ отбытія, погашенія давностію или прощенія ранѣе присужденнаго наказанія; напротивъ того упомянутыя начала должны имѣть примѣненіе и тогда, если наказаніе опредѣляется ранѣе окончательнаго отбытія, погашенія давностію или прощенія такого преступленія, которое учинено послѣ первоначальнаго осужденія. Для примѣненія постановленій закона касательно совокупности преступленій, рѣшающее значеніе имѣетъ все еще спорный вопросъ о томъ, при какихъ условіяхъ слѣдуетъ признавать множественность учиненныхъ однимъ и тѣмъ же лицомъ дѣяній. Вопросъ этотъ все еще представляется спорнымъ въ доктринѣ. Дѣяніе можетъ состоять изъ простаго, гомогеннаго осуществленія воли, но чаще всего является надобность въ нѣсколькихъ послѣдовательныхъ, однородныхъ или разнородныхъ, волеосуществленіяхъ (Wilensbethätigungen), ибо окончательный результатъ въ большинствѣ случаевъ можетъ быть достигнутъ лишь чрезъ посредство болѣе или менѣе длиннаго ряда промежуточныхъ результатовъ. Сколько и какія изъ этихъ волеосуществленій могутъ быть сведены къ единству дѣянія (zur Einheit der Handlung zusammenzufassen sind), рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ свойства намѣренія дѣятеля. Er bezieht die zeitlich verlaufende vielleicht sehr verschieden gestaltete, Thätigkeit auf Herbeiführung *eines* beabsichtigten Erfolges; sie dient ihm als Mittel der Verwirklichung seiner Absicht. Jede Thätigkeit die der Handelnde nicht causal auf diesen, sondern einen anderen beabzichtigten Erfolg bezieht, ist also von der Einheit dieser Handlung ausgeschlossen, gleichviel ob die Thätigkeit dieser Handlung zeitlich voranging oder nachfolgte oder ob der Handelnde in den Verlauf seiner auf den beabsichtigten Erfolg bezogenen Trätigkeit sie unterbrechend, eine andere auf einen audern Erfolg besogene hineinschob. Es lassen sich daher von dem Ganzen der Handlung die einzelnen einander folgenden Acte, aus denen sich das Ganze ergiebt, unterscheiden, sei es dass wir als Act bei einer nicht continuirlich verlaufenden Thätigkeit das zusammenfassen, was zeitlich zusammengehört, oder dass wir, weil der beabsichtigte Erfolg das Ergebniss mehrerer sich folgender Zwischen-

erfolge ist, als einen Act die Thätigkeitsmomente betrachten, die auf Herbeiführung des einen Zwischenerfolges gerichtet sind. Hierbei kommt aber in Betracht, dass die Absicht des Handelnden nicht bloss auf den schliesslichen Erfolg, sondern nothwendig auch auf die mehreren seiner Verwirklichung dienenden Erfolge bezogen ist.

Для дѣятеля дѣйствіе становится законченнымъ впервые съ достиженіемъ того преднамѣреннаго конечнаго результата, къ которому онъ стремится, какъ къ средству для достиженія извѣстной цѣли, стоящей за этимъ послѣдствіемъ и служащей къ удовлетворенію извѣстнаго субъективнаго интереса. Всѣ предшествующіе результаты лишены поэтому въ его глазахъ всякаго самостоятельнаго значенія, какъ неспособные, сами по себѣ, служить его интересамъ, и если имѣютъ для него какую-либо цѣну, то лишь настолько, насколько они служатъ средствами къ достиженію окончательнаго результата. Впрочемъ изъ того, что только намѣреніе дѣятеля можетъ рѣшить, какіе моменты дѣятельности должны быть разсматриваемы, какъ акты, образующіе одно цѣлое (als die das Ganze der einen Handlung bildenden Akte zu betrachten sind), не слѣдуетъ, чтобы дѣйствіе, если рѣчь идетъ о его уголовно-юридической оцѣнкѣ, должно было всегда разсматриваться съ точки зрѣнія такого его единства (nur in dieser so bestimmten Einheit in Betracht kommen dürfte) Если дѣятелю не удалось привести свою дѣятельность къ преднамѣренному концу, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы въ данномъ случаѣ вообще отсутствовало всякое уголовнонаказуемое дѣйствіе. Такъ частичный результатъ (der partielle Erfolg), съ наступленіемъ котораго дѣятельность прервалась, можетъ явиться наказуемымъ покушеніемъ, заключающимъ въ себѣ всѣ существенные моменты дѣйствія Возможно, далѣе, что преднамѣренное дѣятелемъ и наступившее послѣдствіе будетъ юридически дозволеннымъ, изъ чего однако не слѣдуетъ, чтобы и самое дѣйствіе, во всемъ его объемѣ, должно было почитаться юридически дозволеннымъ.

Дѣйствіе лица, несмотря на его единство, можетъ служить источникомъ нѣсколькихъ преступленій, такъ какъ можетъ находиться въ противорѣчіи съ различными правовыми нормами. Что слѣдуетъ считать *однимъ* правонарушеніемъ,—это опредѣляется правомъ, а не дѣятелемъ, и то, что дѣятель вложилъ въ свое намѣреніе нѣсколько правонарушеній и объединилъ ихъ въ въ одномъ дѣйствіи, не можетъ ни служить основаніемъ къ тому,

чтобы разсматривать эту совокупность правонарушеній, какъ одно правонарушеніе, ни препятствовать тому, чтобы каждое изъ нѣсколькихъ правонарушеній могло разсматриваться какъ наказуемое дѣяніе.

Стеченіе, совпаденіе нѣсколькихъ наказуемыхъ дѣяній предполагаетъ во всѣхъ случаяхъ множественность правонарушеній, а такъ какъ право можетъ быть нарушено преступнымъ образомъ только тогда, когда дѣяніе обращено противъ конкретнаго юридическаго блага, поставленнаго подъ охрану уголовнаго закона, то множественность преступленій предполагаетъ: или, что преступное посягательство было направлено на нѣсколько такихъ благъ, или же, что существуетъ нѣсколько послѣдовательныхъ посягательствъ на одно и то же благо. Но вопросъ о томъ, что считать юридическимъ благомъ, нарушеніе котораго получаетъ значеніе особаго самостоятельнаго преступленія, можетъ быть разрѣшенъ только съ точки зрѣнія положительнаго права.

Отъ случая совокупности нѣсколькихъ преступленій необходимо поэтому прежде всего отличать случай стеченія нѣсколькихъ законовъ, подъ которые можетъ быть подведено одно и тоже дѣяніе. Отсюда не можетъ быть совокупности: 1) если имѣется на лицо *одно* оконченное преступленіе, хотя таковое вмѣстѣ съ тѣмъ заключаетъ въ себѣ и законный составъ покушенія на то же преступленіе, ибо покушеніе и совершеніе суть не различные деликты, но различныя наказуемыя стадіи совершенія одного преступленія. Положеніе это важно для тѣхъ случаевъ, гдѣ законъ, въ видѣ изъятія, устраняетъ примѣнимость, по отношенію къ извѣстнымъ дѣйствіямъ съ характеромъ покушенія, общихъ постановленій о наказуемости покушенія, облагая такія дѣйствія (или даже извѣстныя приготовительныя дѣйствія) наказаніемъ въ качествѣ самостоятельныхъ преступленій: оконченный поединокъ не составляетъ совокупности съ вызовомъ на поединокъ или принятіемъ вызова, хотя законъ и считаетъ таковые самостоятельными преступленіями. 2) Совокупность не имѣетъ мѣста, если лицо различнымъ образомъ преступно содѣйствовало совершенію одного и того же преступленія; виновникъ, который вмѣстѣ съ тѣмъ былъ подстрекателемъ своего совиновника, подстрекатель, оказывавшій въ то же самое время и помощь виновнику, совершаютъ не два, а только одно преступленіе путемъ различнаго рода преступнаго соучастія. 3) Совокупность не имѣетъ мѣста, если одно и тоже преступленіе можетъ быть подведено подъ различные уголовные законы вслѣдствіе того,

что законъ, специализируя родовое понятіе (Gattungswesen) этого дѣянія, предусматриваетъ отдѣльныя формы его совершенія въ особыхъ самостоятельныхъ карательныхъ постановленіяхъ. Преступное дѣяніе въ этой особой, выдѣляемой закономъ, формѣ его совершенія не образуетъ совокупности съ общею формою его совершенія, законный составъ которой оно необходимо въ себѣ заключаетъ. Равнымъ образомъ совокупность не имѣетъ мѣста, если учиненіе одного преступленія представляетъ нѣсколько квалифицирующихъ таковое моментовъ. 4) Въ смыслѣ закона совокупность не имѣетъ мѣста, если законъ совмѣщаетъ нѣсколько однородныхъ или разнородныхъ правонарушеній въ законномъ составѣ одного преступленія и въ одномъ карательномъ постановленіи, каковыми являются похищеніе и насиліе надъ личностью въ преступленіи грабежа, имущественное поврежденіе и причиненіе общей опасности въ поджогѣ чужаго имущества и т. п.

Стеченіе законовъ, а не стеченіе преступленій имѣетъ далѣе мѣсто тогда, когда одно дѣяніе можетъ быть многократно (mehrfach) подводимо подъ дѣйствіе одного и того же закона. Таковъ случай, извѣстный подъ названіемъ *продолжаемаго преступленія.* Продолжаемое преступленіе (въ техническомъ смыслѣ этого слова) отличается отъ повторенія одного и того же преступленія тѣмъ, что оно представляется единымъ (dass es nur Eines ist), тогда какъ повтореніе даетъ совокупность нѣсколькихъ преступленій. Такимъ образомъ при опредѣленіи понятія продолжаемаго преступленія рѣчь идетъ о доказательствѣ того, что оно представляется единымъ (dass es nur Eins sei), а потому можетъ влечь за собою только одно наказаніе, а не о томъ, чтобы подъискать юридическое основаніе, въ силу котораго совокупность нѣсколькихъ преступленій должна быть наказана только однажды, какъ одно преступленіе, а не нѣсколько разъ. Единичность преступленія прежде всего предполагаетъ, что только одна юридическая норма подверглась нарушенію, ибо нарушеніе нѣсколькихъ различныхъ нормъ не можетъ сдѣлаться единымъ преступленіемъ вслѣдствіе того, что дѣятель единовременно вложилъ въ свое намѣреніе всѣ эти нарушенія и выполнилъ ихъ посредствомъ одного и того же дѣйствія. Но объектомъ преступнаго посягательства никогда не бываетъ юридическая норма въ ея обстрактной всеобщности, а всегда лишь конкретное благо, стоящее подъ уголовно-юридическою охраною нормы. Отсюда изъ нарушенія одной только нормы вытекаетъ совокупность нѣсколь-

кихъ преступленій, коль скоро являются поврежденными нѣсколько конкретныхъ юридическихъ благъ; для единичности же преступленія необходимо, чтобы только одно юридическое благо подверглось поврежденію.

Правильность опредѣленія того, является ли преступленіе продолжаемымъ или нѣтъ, всегда зависитъ отъ правильнаго разрѣшенія вопроса о томъ, какое благо поставлено законодателемъ подъ защиту уголовнаго закона; но это такой вопросъ, для разрѣшенія котораго не могутъ быть преподаны общія правила и который долженъ быть разрѣшаемъ для каждаго преступленія въ отдѣльности, сообразуясь съ его законнымъ составомъ. Требуемое единство объекта не должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что физическій объектъ, надъ которымъ совершено преступленіе, всегда долженъ быть признаваемъ объектомъ преступленія. Кража не перестаетъ быть единичнымъ преступленіемъ оттого, что воръ унесъ нѣсколько вещей, и сопротивленіе власти не теряетъ характеръ единичнаго преступленія, если сопротивленіе было оказано одновременно нѣсколькимъ должностнымъ лицамъ. Столь же мало значенія для вопроса о единичности или множественности имѣетъ то обстоятельство, было ли нарушено право одного или нѣсколькихъ лицъ. Посягательство на жизнь, здоровье, свободу, честь является многократнымъ, если оно направлено противъ нѣсколькихъ лицъ, тогда какъ единичность кражи не зависитъ отъ того, составляли ли похищенныя вещи собственность одного и того же лица.

Если одна и та же норма можетъ быть многократно нарушена надъ однимъ и тѣмъ же объектомъ, то для единства преступленія требуется сверхъ того и единство дѣйствія; послѣднее же обусловливается единствомъ преступнаго умысла, который объединяетъ отдѣльные по времени и различные по формѣ акты дѣятельности въ одно цѣлое, одно дѣяніе (zum Ganzen der Handlung zusammenfasst). Продолжаемое преступленіе отличается отъ простаго преступленія (которое предполагаетъ нарушеніе *одной* юридической нормы, надъ *однимъ и тѣмъ же* объектомъ и посредствомъ *одного* дѣйствія) не тѣмъ, что въ немъ какой-либо изъ этихъ существенныхъ моментовъ единичнаго преступленія отсутствуетъ или выраженъ отличнымъ образомъ (abweichend gestaltet erschiene), а исключительно тѣмъ, что въ первомъ множественность актовъ превращается единствомъ намѣренія въ единое дѣйствія, причемъ каж-

дый изъ этихъ актовъ въ отдѣльности заключаетъ въ себѣ полный составъ преступленія, тогда какъ во второмъ—связанные единствомъ намѣренія акты дѣятельности, только въ ихъ связи и совокупности, образуютъ составъ преступленія. При указанныхъ условіяхъ мы имѣемъ только одно преступленіе, и какъ съ одной стороны виновникъ не въ состояніи, по своему произволу, сдѣлать изъ совокупности нѣсколькихъ преступленій одно преступленіе тѣмъ, что объединяетъ таковыя въ одномъ умыслѣ и одномъ дѣйствіи, такъ съ другой и судья не можетъ произвольно разбивать одно преступленіе на нѣсколько дѣяній. Отъ простаго преступленія продолжаемое преступленіе отличается только тѣмъ, что умыселъ дѣятеля направленъ на учиненіе преступленія въ большемъ объемѣ и что результатомъ продолжительной дѣятельности является правонарушеніе въ большемъ размѣрѣ. Отсюда само собою вытекаетъ то положеніе, что продолжаемое преступленіе можетъ быть учинено только надъ такими юридическими благами, которыя могутъ быть опредѣлены количественно (an quantitativ bestimmbaren Rechtsgütern), а не надъ тѣми, которыя (какъ напр. жизнь), съ окончаніемъ ихъ поврежденія, являются совершенно уничтоженными и не могутъ быть *въ различной мѣрѣ* повреждаемы.

Обыкновенно различаютъ идеальную, формальную совокупность, concursus simultaneus, и реальную, матеріальную, дѣйствительную совокупность, concursus successivus. Такое различіе само уже было способно возбудить представленіе о томъ, что идеальная совокупность, противополагаемая совокупности реальной, хотя и носитъ названіе совокупности, но въ сущности не есть дѣйствительное стеченіе преступленій,—представленіе, которое сверхъ того находило опору въ издавна установившемся въ теоріи и практикѣ положеніи, что въ случаѣ идеальной совокупности можетъ быть назначаемо только одно наказаніе. Несомнѣнно, что доктрина, усвоивъ въ концѣ прошлаго столѣтія различіе въ вышеуказанномъ смыслѣ, относила къ случаямъ идеальной, формальной совокупности чаще всего случаи простаго стеченія законовъ. Но приведенное различіе держалось крѣпко еще и тогда, когда пришли къ убѣжденію, что подъ именемъ идеальной совокупности сгруппированы самые разнохарактерные случаи, изъ которыхъ нѣкоторые представляютъ дѣйствительное стеченіе, а нѣкоторые только мнимое стеченіе преступныхъ дѣяній. Новѣйшая доктрина, выдѣливъ изъ понятія идеальной совокупности неотносящіеся къ нему случаи мнимаго

стеченія, поставила вмѣстѣ съ тѣмъ вопросъ о томъ значеніи, какое вообще можетъ быть признано за дѣлаемымъ различіемъ между идеальною и реальною совокупностью преступленій. Все различіе между совокупностью идеальною и реальною сводится къ тому, что въ первомъ случаѣ стекающіяся преступленія заключаются въ одномъ дѣйствіи, а во второмъ—въ нѣсколькихъ дѣйствіяхъ. Обыкновенно при этомъ различаютъ еще concursus homogeneus и heterogeneus, смотря по тому, заключается ли въ одномъ дѣйствіи многократное учиненіе одного и того же преступленія (именно когда дѣятель направилъ свою дѣятельность на одновременное поврежденіе нѣсколькихъ одинаковыхъ юридическихъ благъ), или же изъ одного дѣйствія вытекаютъ разнородныя преступленія (если дѣятель одновременно направилъ свою дѣятельность къ причиненію различныхъ умышленныхъ правонарушеній, причемъ все равно, вложилъ ли онъ одновременно въ свое намѣреніе нѣсколько правонарушеній вслѣдствіе того, что таковыя должны были служить разнороднымъ интересамъ, или потому, что одно дѣйствіе представлялось неизбѣжнымъ слѣдствіемъ другаго, или же оттого, что учиненіе одного дѣйствія служило средствомъ учиненія дальнѣйшаго дѣйствія). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ предполагается однако, что преступленіе было средствомъ, случайно избраннымъ дѣятелемъ для учиненія другаго преступленія, ибо совокупность не имѣетъ мѣста, коль скоро законный составъ преступленія требуетъ, чтобы наказуемое правонарушеніе было учинено посредствомъ другаго, отъ него отличнаго, правонарушенія.

Хотя такимъ образомъ различеніе идеальной и реальной совокупности должно быть признано правильнымъ, въ томъ отношеніи, что стекающіяся преступленія происходятъ или изъ одного, или же изъ нѣсколькихъ дѣйствій, тѣмъ не менѣе оно представляется лишеннымъ всякаго юридическаго значенія. При правильномъ опредѣленіи идеальной совокупности, въ относящихся сюда случаяхъ совершенно также, какъ и въ случаяхъ такъ наз. реальной совокупности, существуетъ дѣйствительное и, въ этомъ смыслѣ, реальное стеченіе нѣсколькихъ преступленій. То обстоятельство, что дѣятелемъ учинены нѣсколько преступленій одновременно, а не въ различные моменты, что онъ дѣйствовалъ лишь одинъ, а не нѣсколько разъ, не способно сдѣлать нѣсколько преступленій однимъ преступленіемъ; единство намѣренія и дѣянія виновнаго не можетъ пре-

19

пятствовать тому, чтобы каждое изъ нѣсколькихъ преступленій являлось само по себѣ наказуемымъ дѣяніемъ, ибо умыселъ былъ направленъ на каждое изъ нихъ и каждое изъ нихъ является выполненнымъ, хотя и чрезъ посредство одной и той же умышленной дѣятельности. Всѣ существенныя условія, требуемыя для наличности совокупности, имѣются въ случаѣ идеальной совокупности совершенно такъ же, какъ и въ случаѣ совокупности реальной, а съ другой стороны все то, чѣмъ различаются оба вида совокупности, представляется случайнымъ, несущественнымъ и юридически безразличнымъ.

Что касается случая идеальной совокупности преступленій долознаго съ кульпознымъ или нѣсколькихъ кульпозныхъ, то здѣсь необходимо имѣть въ виду слѣдующее. Такъ какъ ни одинъ способный ко вмѣненію человѣкъ никогда не можетъ дѣйствовать безъ намѣренія, то неосторожное дѣйствіе вообще возможно только при томъ условіи, что лицо дѣйствовало съ умысломъ, направленнымъ на опредѣленное послѣдствіе, но на ряду съ преднамѣреннымъ послѣдствіемъ или вмѣсто него, по винѣ дѣятеля, наступило другое непреднамѣренное послѣдствіе. Если при этомъ умышленное дѣятелемъ послѣдствіе оказывается юридически дозволеннымъ, то понятно, что уголовно-юридическое значеніе имѣетъ не это стеченіе умышленнаго и неосторожнаго дѣйствій, а лишь наказуемое неосторожное дѣйствіе. Если же напротивъ того умыселъ былъ направленъ на нѣчто преступное, то мы имѣемъ передъ собою случай, извѣстный, со времени Фейербаха, подъ именемъ culpa dolo determinata, въ которомъ существуетъ стеченіе умышленнаго преступленія съ неосторожнымъ. Далѣе, изъ одного дѣйствія могутъ вытекать нѣсколько одинаковыхъ или неоднородныхъ кульпозныхъ преступленій. Съ точки зрѣнія законодателя, мѣра отвѣтственности за неосторожность опредѣляется не большею или меньшею опасностію дѣйствія, какъ таковаго, а размѣрами воспослѣдовавшаго правонарушенія, причемъ предполагается, что дѣятель хотѣлъ и учинилъ такое дѣйствіе, возможность вредныхъ послѣдствій котораго въ данномъ случаѣ была или могла быть имъ сознана; поэтому коль скоро одно опасное дѣйствіе заключаетъ въ себѣ сознаваемую дѣятелемъ возможность нѣсколькихъ одинаковыхъ или неоднородныхъ правонарушеній, въ случаѣ наступленія таковыхъ является совокупность нѣсколькихъ кульпозныхъ преступленій. Wie bei der idealen Concurrenz doloser Delicte die eine und selbige Thätigkeit, weil sie auf mehrere beabsichtigte Rechtsverletzungen bezogen ist, eine

Mehrheit strafbarer Handlungen ergiebt, so wird folgerecht auch eine Mehrheit culposer Delicte angenommen werden müssen, wenn die eine und selbige gefährliche Thätigkeit in Beziehung stand zu einer Mehrheit schuldhafter Willensbestimmungen, zu dem Wollen einer in verschiedener Richtung gefährlichen Handlung.

Что касается вопроса о томъ, какое вліяніе оказываетъ совокупность преступленій на ихъ наказуемость, то въ этомъ отношеніи новѣйшая доктрина и законодательство отступили отъ того положенія (сдѣлавшагося, начиная съ 16 столѣтія, общимъ правиломъ), что тягчайшее изъ заслуженныхъ виновнымъ наказаній поглощаетъ болѣе легкія наказанія, и снова вернулись къ началу quot delicta tot poenae, усвоенному каноническимъ правомъ и средневѣковыми италіанскими юристами. Что принципъ поглощенія не имѣетъ за себя ровно никакого юридическаго основанія, это нѣтъ надобности доказывать. Съ другой стороны, хотя принципъ сложенія и сдѣлался господствующимъ правиломъ, однако въ своемъ примѣненіи онъ неоднократно подвергался ограниченію и модификаціи. Требованія справедливости и соображенія уголовной политики, главнымъ образомъ заставившія отказаться отъ неуклоннаго проведенія на практикѣ принципа сложенія наказаній, привели въ концѣ концовъ къ тому, что въ новѣйшее время отъ него совсѣмъ отказались и замѣнили его принципомъ усиленія наказаній.

Принципіальная ошибка, изъ которой вытекаетъ юридическая невозможность строгаго проведенія принципа сложенія, въ тѣхъ даже предѣлахъ, въ которыхъ это представлялось бы возможнымъ фактически,—ошибка, которой старались избѣгнуть законодательными ограниченіями начала сложенія наказаній,—заключается въ томъ, что принципъ этотъ исходитъ изъ ложнаго предположенія о существованіи одного только количественнаго различія вины въ отдѣльныхъ преступленіяхъ, причемъ аналогично съ тѣмъ, какъ экономическая стоимость массы разнородныхъ цѣнностей можетъ быть выражена опредѣленною денежною суммою, полагали возможнымъ выразить и юридическую стоимость нѣсколькихъ разнородныхъ преступленій посредствомъ извѣстнаго quantum наказанія, получаемаго посредствомъ сложенія. На самомъ же дѣлѣ отдѣльныя преступленія прежде всего различаются между собою качественно, и по этому вина, обусловленная совершеніемъ одного преступленія, представляется качественно отличною отъ вины, вытекающей изъ учиненія преступленія другаго рода.

Конечно вина, по отношенію къ каждому преступленію, можетъ быть опредѣлена также и количественно; такъ, во 1-хъ, она можетъ представляться большею или меньшею при нѣсколькихъ учиненіяхъ одного и того же преступленія, а во 2-хъ можетъ оказаться большею или меньшею при сравненіи ея съ виною, заключающеюся въ преступленіяхъ другаго рода. Никогда однако одно количественное увеличеніе или уменьшеніе вины не способно измѣнить ея качественно (bewirken, dass sie eine qualitativ andere würde), какъ никогда многократное учиненіе одного и того же преступленія не можетъ сдѣлать ея одинаковою съ качественно отличною отъ нея виною, заключающеюся въ другомъ преступленіи, которое въ качественномъ отношеніи стоитъ выше перваго. Такое многократное совершеніе того же самаго преступленія способно возвысить вину всегда лишь до извѣстнаго максимума, опредѣляемаго качествомъ вины (durch ihre Qualität bedingten nnd begrenzten Maximum), но ни въ какомъ случаѣ не дальше этого предѣла. Точно также различіе между отдѣльными родами наказаній (Strafarten) не есть только количественное, но вмѣстѣ съ тѣмъ и качественное, а потому юридически невозможно замѣнить извѣстный quantum наказанія, по роду своему болѣе мягкаго, соотвѣтствующимъ quantum'омъ наказанія, болѣе тяжкаго рода.

Отсюда слѣдуетъ, что во всѣхъ случаяхъ дѣйствительной совокупности преступленій, заключающаяся въ нихъ вина и мѣра ихъ наказанія никогда не могутъ быть выше извѣстнаго предѣла, опредѣляемаго свойствомъ даннаго преступленія (при многократномъ учиненіи одного и того же преступленія) или тягчайшаго изъ стекающихся преступленій (въ случаѣ стеченія съ тяжкими преступленіями болѣе легкихъ преступленій другаго рода). Hiernach ergiebt sich, dass in allen Fällen wirklicher Concurrenz wofern dasselbe Delict mehrfach verübt wurde, die Schuld und Strafe niemals über die durch die Qualität des betreffenden Delictes bedingte Grenze hinaussteigen kann. Noch weniger werden die mit einem schwereren concurrirenden andersartigen leichteren Delicte Schuld und Strafe je über die, durch die Qualität des schwersten der zu strafenden Delicte bedingte Grenze hinaussteigern können.

Тѣмъ, что при одновременномъ опредѣленіи наказанія за совокупность преступленій нельзя превышать извѣстнаго крайняго предѣла мѣры наказанія, не измѣняется основное положеніе, въ силу котораго каждое преступленіе требуетъ соотвѣтствую-

щаго ему наказанія, а потому и въ случаѣ совокупности должно быть опредѣлено такое общее наказаніе, которое бы обнимало собою отдѣльныя заслуженныя виновнымъ наказанія. Для опредѣленія таковаго, прежде всего должно быть назначено за каждое изъ стекающихся преступленій то наказаніе, которое должно бы быть присуждено, если бы это преступленіе подлежало наказанію отдѣльно; но затѣмъ сумма отдѣльныхъ заслуженныхъ виновнымъ наказаній должна быть соотвѣтственно уменьшена (насколько къ тому есть основаніе въ конкретномъ случаѣ) во вниманіе къ болѣе интенсивному дѣйствію сложенныхъ наказаній. Пока пониженное такимъ образомъ общее наказаніе будетъ оставаться въ предѣлахъ той мѣры наказанія, которая слѣдуетъ по закону за тягчайшее изъ стекающихся преступленій, можно утверждать, что мѣра общаго наказанія не превышаетъ границъ, опредѣляемыхъ свойствомъ того преступленія, которое нѣсколько разъ учинено, или же свойствомъ тягчайшаго изъ стекающихся преступленій (die Grenze, die dem Masse der Gesamtstrafe durch die Qualität desselben mehrfach verübten oder des mit leichteren concurrirenden schwersten Delictes gezogen ist). Само собою разумѣется, что даже максимумъ наказанія, слѣдующаго по закону за отдѣльное преступленіе, не для всѣхъ случаяхъ совокупности можетъ считаться достаточнымъ, а потому пониженное вышеуказаннымъ образомъ общее наказаніе можетъ конечно превышать этотъ максимумъ, и для такихъ случаевъ законъ долженъ установить крайній предѣлъ возвышенія общаго наказанія. Высшая мѣра общаго наказанія должна быть нормирована такимъ образомъ, чтобы она никогда не могла равняться наказанію за непосредственно ближайшее качественно болѣе тяжкое преступленіе или превышать это наказаніе.

Этимъ впрочемъ не устраняется возможность того, что общее наказаніе будетъ, въ количественномъ отношеніи, равняться наказанію, угрожающему въ какомъ либо отдѣльномъ случаѣ за болѣе тяжкій видъ преступленія, или даже превышать таковое, но конечно оно никогда не должно достигать или превышать того quantum, который обусловливается свойствомъ заслуженнаго виновнымъ наказанія и за который нельзя переходить потому, что для количественнаго различія въ мѣрѣ наказанія существуютъ прочныя границы, нарушеніе которыхъ имѣло бы слѣдствіемъ измѣненіе и самаго свойства наказанія.

IV.

Wächter, Deutsches Strafrecht, изд. 1881 г., стр. 250 и слѣд.

Такъ называемая совокупность преступленій (concursus delictorum, Zusammentreffen oder Zusammenfluss, Häufung, Konkurrenz von Verbrechen), имѣющая мѣсто въ томъ случаѣ, когда нѣсколько еще непогашенныхъ преступленій совершены однимъ и тѣмъ же субъектомъ, можетъ быть: 1) идеальною или формальною, когда посредствомъ одного и того же дѣйствія совершены нѣсколько преступленій и 2) реальною (или матеріальною, послѣдовательною), когда нѣсколько преступленій совершены лицомъ посредствомъ отдѣльныхъ, самостоятельныхъ дѣйствій. Отъ совокупности нѣсколькихъ преступленій слѣдуетъ отличать длящееся совершеніе одного и того же преступленія, продолжаемое преступленіе.

Различные взгляды теоріи и судебной практики на уголовно-юридическое значеніе реальной совокупности преступленій сводятся въ существѣ къ слѣдующему. Само по себѣ то обстоятельство, что лицо совершило нѣсколько преступленій, за которыя оно должно понести наказаніе одновременно, не можетъ служить поводомъ къ освобожденію этого лица отъ наказанія за нѣкоторыя или одно какое-либо изъ этихъ преступленій, или къ назначенію ему вообще слабѣйшаго наказанія, сравнительно съ тѣмъ, которое оно заслуживаетъ за свои дѣянія. Это безспорное положеніе приводитъ, казалось бы, къ выводу, что преступникомъ должно быть отбыто наказаніе за каждое изъ стекающихся преступленій и что поэтому въ томъ случаѣ, когда въ одномъ общемъ приговорѣ надлежитъ опредѣлить наказаніе за нѣсколько стекающихся преступленій, всѣ заслуженныя виновнымъ наказанія должны быть сложены вмѣстѣ и, насколько то представляется возможнымъ, приведены въ исполненіе. Дѣйствительно этотъ чисто ариѳметическій принципъ сложенія (Kumulations, oder Strafhäufungs, Zusammenzurechnungsprincip) нашелъ защиту, какъ со стороны большинства старыхъ, такъ и многихъ новыхъ криминалистовъ.

Но противъ такого чистаго сложенія говоритъ прежде всего то обстоятельство, что отъ комбинированнаго отбыванія нѣсколькихъ наказаній увеличеніе интенсивности и чувствительности наказанія возрастаетъ въ совершенно несоразмѣрной прогрессіи, слѣдствіемъ чего, при стеченіи многихъ преступленій, могло бы явиться такое отягченіе, наказанія, которое находилось бы въ

полномъ несоотвѣтствіи съ виною преступника. Кромѣ того, во многихъ случаяхъ проведеніе этого начала представляется физически невозможнымъ, такъ какъ очень часто наказанія не позволяютъ совмѣстнаго сложенія ихъ или послѣдовательнаго отбытія, одного послѣ другаго. Для этихъ послѣднихъ случаевъ старые криминалисты (въ томъ числѣ и Carpzow), допускали начало взаимнаго поглощенія наказаній, а позднѣйшая практика прибѣгала къ началу усиленія наказанія (Schärfungsprincip). И то, и другое неправильно. Логическая послѣдовательность должна бы привести къ допущенію въ подобныхъ случаяхъ (т. е. когда примѣненіе извѣстнаго рода наказанія, въ силу физическаго или юридическаго препятствія, невыполнимо) начала замѣны (Umwandlungsprincip), т. е. заслуженныя преступникомъ наказанія надлежало бы замѣнять, насколько это представляется возможнымъ, наказаніемъ въ другой формѣ, равносильнымъ всѣмъ имъ, вмѣстѣ взятымъ.

Нѣкоторые криминалисты впадаютъ въ другую крайность, отстаивая начало погашенія или поглощенія наказаній (Verbüssungs- oder Absorbtionsprincip), согласно которому преступникъ долженъ быть присуждаемъ къ наказанію за тягчайшее изъ стекающихся преступленій, наказанія же за всѣ прочія, имъ совершенныя, преступленія одинаковой или меньшей тягости, вовсе не принимаются въ соображеніе (poena major absorbet minorem). Воззрѣніе это очевидно неправильно, ибо, сообразно ему, преступнику должны быть совершенно прощены заслуженныя имъ наказанія и такимъ образомъ, съ учиненіемъ одного преступленія, ему тотчасъ выдается привиллегія на всѣ дальнѣйшія правонарушенія одинаковой или меньшей важности. Другіе криминалисты, хотя также кладутъ въ основу наказаніе за тягчайшее преступленіе, но при этомъ разсматриваютъ совокупность, какъ обстоятельство, усиливающее наказаніе (Strafschärfungsgrund), т. е. возвышаютъ наказаніе за тягчайшее преступленіе (которое полагается въ основу и только оно одно), сообразно съ численностью и важностью прочихъ стекающихся преступленій, ограничивая однако такое возвышеніе наказанія извѣстнымъ maximum'омъ, напр. до удвоеннаго размѣра наказанія за тягчайшее преступленіе (т. наз. начало усиленія или возвышенія наказуемости, Schärfungs-oder Erhöhungsprincip). Но противъ этого начала говоритъ уже то обстоятельство, что, при ограниченіи возможности усиленія наказанія извѣстными рамками, самые разно-

образные случаи неизбѣжно должны быть обсуждаемы одинаково, ибо разъ усиленіе наказанія за нѣкоторыя изъ стекающихся преступленій уже достигло установленнаго maximum'а, преступникъ избѣгаетъ наказанія за всѣ прочія, сверхъ того совершенныя имъ, преступленія.

Правильнымъ представляется, по мнѣнію автора, ограниченный принципъ сложенія наказаній (beschränktes Cumulationsprincip), заключающійся въ слѣдующемъ: хотя въ основу полагается наказаніе за тягчайшее изъ стекающихся преступленій, но къ нему присоединяются и наказанія, заслуженныя за прочія преступленія, получившееся въ результатѣ этого сложенія суммарное наказаніе подвергается затѣмъ соотвѣтственному пониженію (die durch diese Cumulation sich ergebende Gesammtstrafe ermässigt wird). Это можетъ быть достигнуто тѣмъ, что къ тягчайшему изъ заслуженныхъ преступникомъ наказаній причисляется извѣстная часть каждаго изъ прочихъ наказаній (отъ $^1/_4$ до $^3/_4$), или же (какъ это принято въ Германскомъ уложеніи) къ тягчайшему изъ наказаній присовокупляются всѣ прочія наказанія и изъ общаго итога дѣлается извѣстная скидка.

Дѣйствующее право примѣняетъ начало поглощенія наказаній къ случаямъ стеченія смертной казни или пожизненнаго лишенія свободы съ другими наказаніями. Такимъ образомъ переходъ отъ пожизненнаго заключенія къ ближайшему высшему наказанію смертью при совокупности преступленій не допускается. По отношенію къ стеченію нѣсколькихъ преступленій, облагаемыхъ срочными наказаніями лишеніемъ свободы, общимъ правиломъ является ограниченный принципъ сложенія наказаній.

При этомъ прежде всего слагаются всѣ отдѣльныя наказанія за стекающіяся преступленія, но затѣмъ слѣдующее виновнику наказаніе получается чрезъ уменьшеніе общаго итога извѣстною скидкою, вслѣдствіе чего оно является высшимъ по сравненію съ тягчайшимъ изъ наказаній, взятыхъ въ отдѣльности, и низшимъ, сравнительно съ общимъ итогомъ всѣхъ заслуженныхъ преступникомъ наказаній. Что касается maximum'а наказанія по совокупности, то онъ никогда не долженъ достигать общаго итога отдѣльныхъ наказаній; поэтому судья, для отысканія этого maximum'а, долженъ сначала опредѣлить мѣру наказанія, слѣдующаго въ конкретномъ случаѣ за каждое отдѣльное преступленіе, а затѣмъ сложить эти наказанія; наивысшее наказаніе, стоящее непосредственно

ниже суммарнаго итога, и будетъ предѣльнымъ для него maximum'омъ. Такъ напр. если виновный за одно изъ преступленій подлежитъ заключенію въ цухтгаузъ на 1 годъ, за второе на 4 года, за третье на 6 лѣтъ, то всѣ наказанія въ сложности составятъ 11 лѣтъ цухтгауза; максимумомъ же, до котораго можетъ доходить наказаніе виновнаго, будетъ 10 лѣтъ 11 мѣсяцевъ цухтгауза, ибо это есть непосредственно нисшее послѣ 11-ти лѣтняго цухтгауза наказаніе. При такомъ исчисленіи общаго наказанія (въ отдѣльномъ случаѣ), въ основу должно быть полагаемо высшее изъ стекающихся наказаній (т. наз. Einsatzstrafe) и затѣмъ къ нему присоединяются прочія заслуженныя виновнымъ наказанія, въ видахъ опредѣленія общаго наказанія въ указанномъ maximum'ѣ; судья долженъ, слѣдовательно, возвысить основное наказаніе, но только до установленнаго предѣла. Но если въ числѣ заслуженныхъ наказаній имѣется цухтгаузъ, а прочими наказаніями являются тюремное заключеніе или заточеніе въ крѣпости, или оба эти наказанія въ совокупности, то основнымъ наказаніемъ (die Einsatzstrafe) всегда служитъ наиболѣе тяжкій родъ наказанія, т. е. цухтгаузъ, хотя бы оно и не было высшимъ изъ наказаній, заслуженныхъ преступникомъ. Прочія стекающіяся наказанія должны быть замѣняемы въ такомъ случаѣ, въ видахъ отысканія предѣльнаго maximum'а, тягчайшимъ родомъ наказанія т. е. цухтгаузомъ). Такъ напр. если виновный заслуживаетъ: за одно преступленіе 1 годъ цухтгауза, за другое 2 года тюрьмы, за третье 4 года тюрьмы, то основнымъ наказаніемъ будетъ 1 годъ цухтгауза, а 6-ти лѣтнее тюремное заключеніе должно быть замѣнено 5-ти лѣтнимъ заключеніемъ въ цухтгаузъ, общій итогъ наказаній будетъ такимъ образомъ равняться 5 годамъ цухтгауза, а maximum наказанія по совокупности 4 года 11 мѣсяцевъ цухтгауза. Такая же замѣна должна происходить и въ томъ случаѣ, когда заточеніе въ крѣпости стекается съ цухтгаузомъ (т. е. крѣпость замѣняется цухтгаузомъ), ибо лицо, заслужившее за одно преступленіе цухтгаузъ, утрачиваетъ право на custodia honesta и за другія совершенныя имъ преступленія. Но если стекаются только заточеніе въ крѣпости и тюремное заключеніе, то первое не замѣняется вторымъ.

Помимо того, что наказаніе по совокупности не должно достигать общаго итога заслуженныхъ преступникомъ отдѣльныхъ наказаній, для возвышенія его существуетъ еще абсолютный предѣлъ, а именно; оно ни въ какомъ случаѣ не должно превышать

15 лѣтъ, если оно состоитъ въ цухтгаузѣ или заточеніи въ крѣпости, и 10 лѣтъ, если имъ будетъ тюремное заключеніе. Minimum общаго наказанія опредѣляется тѣмъ, что оно, по смыслу закона (§ 74 Abs. 1 и 2), должно состоять въ возвышеніи основнаго наказанія. Такъ напр. если отдѣльныя заслуженныя преступникомъ наказанія состоятъ въ заключеніи въ цухтгаузъ на 1, 4 и 6 лѣтъ, то основнымъ наказаніемъ (Einsatzstrafe) будетъ 6 лѣтъ цухтгауза; судья, слѣдовательно, во всякомъ случаѣ долженъ будетъ назначить по меньшей мѣрѣ цухтгаузъ на срокъ 6 лѣтъ и 1 мѣсяцъ, но можетъ восходить, по своему усмотрѣнію, до 10 лѣтъ и 11 мѣсяцевъ. Если за какое либо изъ стекающихся преступленій преступникъ долженъ быть присужденъ къ одному изъ дополнительныхъ наказаній (Nebenstrafe), т. е. лишенію почетныхъ гражданскихъ правъ или полицейскому надзору, то послѣднее также присоединяется къ общему наказанію.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ уложеніе отступаетъ отъ вышеуказаннаго общаго начала, допуская ограниченное сложеніе наказаній безъ общаго наказанія и, слѣдовательно, безъ замѣны одного наказанія другимъ; въ этихъ случаяхъ различныя наказанія подлежатъ совмѣстному отбытію (sind mit oder neben einander zu verbüssen). Это имѣетъ мѣсто: 1) когда стекаются только заточеніе въ крѣпости и тюрьма; при этомъ виновный долженъ быть присуждаемъ къ каждому изъ сихъ наказаній въ отдѣльности (безъ уменьшенія ихъ) и таковыя должны быть имъ отбыты одно послѣ другаго, съ тѣмъ лишь условіемъ, что общій срокъ наказаній не долженъ превышать 15 лѣтъ. Законъ предписываетъ такъ же поступать и въ случаяхъ стеченія нѣсколькихъ наказаній крѣпостью или тюрьмою; только здѣсь повторяющіяся наказанія одного рода (крѣпость, тюрьма) слагаются вмѣстѣ и вытекающій отсюда законный maximum усиленія наказанія опредѣляется по общимъ правиламъ.

Если стекается арестъ съ другими видами лишенія свободы, то судъ приговариваетъ къ первому изъ сихъ наказаній отдѣльно отъ прочихъ, и притомъ, въ случаѣ стеченія нѣсколькихъ наказаній арестомъ, виновный присуждается къ ихъ суммѣ, которая однако не должна превышать трехъ мѣсяцевъ; арестъ подлежитъ отбытію независимо отъ другихъ наказаній лишеніемъ свободы. При стеченіи нѣсколькихъ денежныхъ взысканій, уложеніе, подобно большинству кодексовъ, примѣняетъ начало простаго сложенія нака-

ваній, причемъ все равно, назначаются ли они закономъ отдѣльно или совмѣстно съ лишеніемъ свободы; только въ томъ случаѣ, когда денежныя взысканія замѣняются лишеніемъ свободы, послѣднее не должно превышать извѣстной мѣры, именно двухъ лѣтъ тюремнаго заключенія и трехъ мѣсяцевъ ареста (если денежныя взысканія присуждаются за нарушенія).

Что касается того случая, когда, уже по воспослѣдованіи окончательнаго судебнаго приговора, коимъ лицо присуждается къ наказанію за одно или нѣсколько преступленій, но до приведенія его въ исполненіе, обнаруживаются еще дальнѣйшія преступленія того же лица, совершенныя имъ до или послѣ произнесенія уголовнаго приговора, но до исполненія таковаго, то случай этотъ, представляя собою реальную совокупность преступленій, долженъ равнымъ образомъ быть обсуждаемъ по правиламъ о совокупности. Не совсѣмъ такъ разрѣшается этотъ вопросъ уложеніемъ; согласно послѣднему, надлежитъ различать, отбылъ ли уже виновный наказаніе, или еще нѣтъ. Если виновнымъ еще не вполнѣ отбыто присужденное наказаніе и таковое не покрылось давностію или не прощено, а затѣмъ открываются другія преступленія, учиненныя имъ ранѣе осужденія, то существуетъ реальная совокупность преступленій, и вновь обнаруженныя преступленія, равно какъ тѣ преступленія, по поводу которыхъ уже состоялся приговоръ, должны быть обсуждаемы по правиламъ о реальной совокупности преступленій, для чего относительно нихъ судомъ долженъ быть постановленъ дополнительный приговоръ (ein Nachtragserkenntniss). Тотъ же порядокъ примѣняется и тогда, если во время отбытія лицомъ наказанія, опредѣленнаго первымъ приговоромъ, будетъ обнаружено, что до этого осужденія имъ были совершены еще и другія преступленія. Понятно однако, что въ этомъ случаѣ отбытая уже осужденнымъ часть наказанія должна быть зачитываема въ общее наказаніе, которое должно быть назначено по дополнительному судебному приговору. Если осужденный, послѣ постановленія перваго о немъ приговора, но до отбытія имъ наказанія, учинитъ новыя преступленія (напр. во время нахожденія въ тюрьмѣ или ранѣе этого), то и здѣсь должны бы имѣть примѣненіе правила о совокупности, но по уложенію въ этомъ случаѣ первый приговоръ долженъ быть приведенъ въ исполненіе, а наказаніе за новыя преступленія должно быть опредѣлено самостоятельно; если осужденнымъ совершено только одно преступленіе, онъ присуж-

дается къ полному наказанію, слѣдующему за него по закону, причемъ таковое подлежитъ отдѣльному исполненію; если же имъ учинены нѣсколько преступленій, то въ этомъ случаѣ примѣняется начало ограниченнаго сложенія наказаній и полученное такимъ способомъ общее наказаніе приводится въ исполненіе отдѣльно. Если преступникомъ вполнѣ отбыто присужденное ему по первоначальному приговору наказаніе и послѣ того обнаруживаются другія, учиненныя имъ до его осужденія, преступленія, за которыя положено срочное наказаніе лишеніемъ свободы (одно или нѣсколько), то въ этомъ случаѣ непримѣнимо начало ограниченнаго сложенія наказаній, а наказаніе за преступленіе должно быть опредѣлено особо. Совокупность преступленій можетъ совпадать съ повтореніемъ (Rückfall). Въ подобномъ случаѣ судья долженъ прежде всего опредѣлить тѣ наказанія, которыя слѣдовали бы за каждое изъ стекающихся преступленій въ отдѣльности, принявъ во вниманіе, при опредѣленіи наказанія за соотвѣтственное преступленіе, его вторичное совершеніе, а затѣмъ общее наказаніе за стекающіяся преступленія назначается по правиламъ о реальной совокупности преступленій.

Идеальная или формальная совокупность преступленій существуетъ тогда, если посредствомъ одного и того же дѣянія совершены нѣсколько преступленій. Она можетъ заключаться: 1) въ нарушеніи различныхъ уголовныхъ законовъ однимъ дѣйствіемъ и 2) въ нарушеніи одного и того же уголовнаго закона, но когда однимъ дѣйствіемъ, нарушающимъ этотъ законъ, совершены нѣсколько самостоятельныхъ правонарушеній, какъ напр. въ томъ случаѣ, когда субъектъ однимъ выстрѣломъ ранитъ нѣсколько лицъ, или однимъ ругательнымъ словомъ оскорбляетъ многихъ. Нѣкоторые криминалисты желаютъ совсѣмъ отбросить различіе между идеальною и реальною совокупностью на томъ основаніи, что оба случая должны юридически имѣть одинаковое значеніе. Но это совершенно неправильно, ибо при идеальной совокупности существуетъ только *одно внѣшнее дѣйствіе*, заключающее въ себѣ часть законнаго состава нѣсколькихъ стекающихся преступленій, и поэтому даже частичное сложеніе наказаній за эти преступленія не могло-бы быть оправдано юридически. Германское уложеніе, вмѣстѣ съ большинствомъ земскихъ кодексовъ, совершенно правильно отграничиваетъ идеальную совокупность отъ реальной. Въ случаѣ идеальной совокупности преступленій уложеніемъ допускается начало поглощенія, а именно: здѣсь

должно имѣть примѣненіе лишь наказаніе за то изъ стекающихся преступленій, за которое въ законѣ положено наиболѣе тяжкое наказаніе; при неоднородности же наказаній за стекающіяся преступленія, должно примѣняться наказаніе за то преступленіе, за которое по закону слѣдуетъ наиболѣе тяжкій родъ наказанія. По мнѣнію автора, правильнѣе всего было бы примѣнять въ этомъ случаѣ начало усиленія наказанія, т. е. надлежало-бы, полагая въ основу наказаніе за тягчайшее преступленіе, возвышать затѣмъ это наказаніе соотвѣтственно свойствамъ стекающихся преступленій, а гдѣ такое возвышеніе невозможно, тамъ замѣнять его, насколько это вообще допустимо, болѣе тяжкимъ родомъ наказанія.

Къ стеченію преступленій не могутъ быть относимы (какъ это дѣлалось нѣкоторыми криминалистами) слѣдующіе случаи: 1) т. наз. продолжаемое преступленіе (delictum continuatum). Бываютъ случаи, въ которыхъ, несмотря на то, что наказуемое дѣяніе было неоднократно повторено виновнымъ и что, слѣдовательно, послѣднимъ было совершено нѣсколько дѣяній, изъ которыхъ каждое уже заключаетъ въ себѣ полный составъ преступленія,—существуетъ тѣмъ не менѣе только *продолженіе одного* преступленія, а не стеченіе нѣсколькихъ преступленій, такъ что, при опредѣленіи наказанія за всѣ эти дѣйствія, совокупность ихъ должна быть разсматриваема только какъ одно преступленіе. Конечно однако моментъ продолжительнаго совершенія этого преступленія долженъ быть разсматриваемъ какъ обстоятельство, возвышающее мѣру наказанія (als ein strafsteigernder Ausmessungsgrund). Вопросъ о томъ, въ какихъ случаяхъ должно признавать наличность продолжаемаго преступленія, нѣкоторые изъ земскихъ кодексовъ пытались прямо опредѣлить въ законѣ, другіе же (въ томъ числѣ и германское уложеніе) обходили этотъ вопросъ молчаніемъ, всецѣло предоставляя его разрѣшеніе наукѣ и практикѣ; въ послѣдней вопросъ этотъ все еще остается спорнымъ. Многіе криминалисты держатся того мнѣнія, что продолжаемое преступленіе существуетъ только при единствѣ намѣренія и объекта (wenn Einheit des Entschlusses und des Objekts vorliege), когда, слѣдовательно, различныя дѣйствія совершены, въ силу одного и того же намѣренія, надъ тѣмъ же объектомъ, или же послужили средствомъ къ достиженію одного и того же умышленнаго послѣдствія (an demselben Objekt, oder als Mittel zu einem als Ganzes gedachten Erfolge verübt worden seien). Такое мнѣніе представляется рѣшительно несостоятельнымъ, ибо, не го-

воря уже о томъ, что самое понятіе единства намѣренія и объекта представляется довольно неяснымъ и неточнымъ, существованіемъ такого единства (если даже преступная дѣятельность представляется связною) не измѣняются природа и юридическія границы преступленія, а потому коль скоро каждое изъ дѣяній образуетъ обособленное преступленіе, по самой природѣ этого преступленія, то они не могутъ превратиться, въ силу единства намѣренія и объекта, въ единое преступленіе. Такъ напр. многіе полагаютъ, что если лицо возъимѣло намѣреніе постепенно выкрасть изъ склада какого-нибудь купца сложенные тамъ товары и затѣмъ въ различное время совершаетъ 6 разъ кражу изъ этого склада, то здѣсь будетъ продолжающееся преступленіе; между тѣмъ здѣсь нельзя говорить о томъ, что дѣятель продолжалъ совершеніе одной и той же кражи, такъ какъ всякій актъ похищенія, отдѣленный временемъ отъ другихъ актовъ, образуетъ особую кражу.

Въ понятіи продолжаемаго преступленія имѣется главнымъ образомъ, въ виду отыскать ту границу мѣры и протяженія, которая свойственна преступленію согласно его природѣ, опредѣляемой закономъ. Если внутри этихъ границъ воспроизводится, путемъ повторенія отдѣльныхъ актовъ, одно преступленіе, то, въ видѣ общаго правила, мы будемъ имѣть продолженіе одного и того же преступленія. Сюда относятся случаи: 1) когда субъектъ нарушаетъ одинъ и тотъ же долгъ (Pflichtverhältniss) посредствомъ различныхъ, отдѣленныхъ временемъ дѣйствій, будутъ ли эти дѣйствія вытекать изъ одного и того же намѣренія, или нѣтъ; напр. если лицо совершаетъ прелюбодѣяніе съ тремя различными чужими женами, то оно учиняетъ не продолжаемое прелюбодѣяніе (ибо то прелюбодѣяніе, которое имъ совершено съ А, не можетъ быть продолжено съ Б), а три прелюбодѣянія, образующія реальное стеченіе; но если, находясь въ связи съ одною и тою же чужою женою, лицо, послѣ неоднократнаго повторенія акта прелюбодѣянія, принимаетъ намѣреніе прекратить связь, но затѣмъ снова совершаетъ съ нею прелюбодѣяніе, то это будетъ продолжаемымъ прелюбодѣяніемъ. Точно также, если замужняя женщина въ различное время имѣетъ половое совокупленіе съ четырьмя холостыми мужчинами, то съ ея стороны это будетъ продолжаемое прелюбодѣяніе; кассиръ, въ теченіи многихъ лѣтъ растрачивающій, съ различными преступными намѣреніями, кассовыя суммы, совершаетъ продолжаемую

растрату. 2) Если извѣстное преступленіе, по самой природѣ своей, не имѣетъ никакихъ опредѣленныхъ границъ относительно мѣры и протяженія (nach Mass und Ausdehnung keine bestimmte Grenze hat), какъ напр. тѣлесныя поврежденія, лишеніе свободы, и такое преступленіе совершается непрерывнымъ рядомъ дѣйствій (in zusammenhängender Thätigkeit), надъ однимъ и тѣмъ же лицомъ (напр. если А въ теченіи нѣсколькихъ минутъ осыпаетъ Б бранными словами, или наноситъ ему палочные удары), то въ этомъ случаѣ будетъ продолжаемое преступленіе; но если А ругаетъ Б сегодня и затѣмъ черезъ нѣсколько дней повторяетъ тѣ же ругательства, то мы имѣемъ реальное стеченіе нѣсколькихъ преступленій, хотя бы возобновляемыя оскорбленія Б вытекали въ данномъ случаѣ изъ принятаго А намѣренія ругать Б при каждой съ нимъ встрѣчѣ, ибо подобныя преступленія имѣютъ своимъ предѣльнымъ пунктомъ перерывъ въ дѣятельности лица. 3) Существуютъ преступныя дѣянія, которыя не имѣютъ опредѣленныхъ границъ въ личности потерпѣвшаго (die nach dem verletzten Individuum keine bestimmte Grenze haben). Такое преступленіе, хотя бы оно было учинено надъ различными лицами и при отсутствіи единства въ намѣреніи дѣятеля, является продолжаемымъ, коль скоро оно было учинено посредствомъ непрерывной дѣятельности (wenn es in zusamenhängender Thätigkeit begangen wurde); напр. лицо незамѣтно проникаетъ вечеромъ въ гостинницу, похищаетъ изъ одной комнаты вещи пріѣзжаго; затѣмъ въ то время, какъ оно съ уносимыми похищенными вещами проходитъ мимо другой комнаты, у него возникаетъ умыселъ обокрасть и эту, что и приводится имъ въ исполненіе, а спустившись на площадку воръ забираетъ еще висящее тамъ чужое пальто; въ этомъ случаѣ, говоритъ авторъ, мы имѣемъ передъ собою одну продолжаемую кражу, ибо хотя виновный обокралъ нѣсколькихъ лицъ, но кража не составляетъ такого преступленія, граница котораго лежитъ въ личности потерпѣвшаго (ist nicht ein nach den verletzten Subjekten begrenztes Verbrechen), и вопросъ ставится только о томъ, произошелъ ли вообще захватъ чужой собственности. Конечно, если при этомъ воръ совершаетъ въ одной комнатѣ простую кражу, а затѣмъ въ другой—кражу со взломомъ, то здѣсь уже будетъ реальная совокупность преступленій, потому что квалифицированная кража не можетъ служить продолженіемъ простой кражи (хотя бы и при единствѣ намѣренія дѣятеля). Иное дѣло при посягательствахъ противъ личности, такъ

какъ послѣднія ограничены личностію потерпѣвшаго. Напр. субъектъ задумываетъ нанести раны нѣсколькимъ лицамъ и совершаетъ это рядомъ послѣдовательныхъ и непрерывныхъ дѣйствій; въ этомъ случаѣ имъ совершено не продолжаемое преступленіе, а три тѣлесныхъ поврежденія въ реальной совокупности, ибо тѣлесное повреждение, причиненное одному лицу, не можетъ быть продолжено совершеніемъ таковаго надъ другимъ лицомъ; если же раны нанесены однимъ актомъ, то это будетъ идеальною совокупностью нѣсколькихъ тѣлесныхъ повреждений. 4) Если различныя, и даже раздѣленныя временемъ дѣйствія, являются лишь отдѣльными актами совершенія одного и того же преступленія; напр. А нѣсколько разъ тщетно пытается привести въ исполненіе одинъ и тотъ же умыселъ убить Б; здѣсь мы имѣемъ продолжаемое покушеніе на убійство. 5) Отъ продолжаемаго преступленія многіе криминалисты отличаютъ преступленіе длящееся (das fortdauernde Verbrechen), разумѣя подъ послѣднимъ такое преступленіе, продолженіе котораго, по особенностямъ его природы, можетъ заключаться лишь въ непрерывномъ воспроизведеніи его содержанія (или въ неизмѣнномъ пребываніи въ уголовнонаказуемомъ отношеніи), каковы напр. лишеніе свободы, бигамія. 6) Уложеніе, по примѣру прежнихъ законодательствъ, облагаетъ извѣстныя преступленія, коль скоро таковыя совершаются въ видѣ ремесла или по привычкѣ, особымъ наказаніемъ. Собственно говоря, если лицо совершаетъ такое преступленіе многократно, въ видѣ ремесла или по привычкѣ, то является реальная совокупность нѣсколькихъ преступленій; тѣмъ не менѣе въ подобномъ случаѣ всѣ эти преступленія образуютъ одно продолжаемое преступленіе.

Отъ совокупности преступленій отличается тотъ случай, когда одно и то же преступленіе подпадаетъ подъ дѣйствіе нѣсколькихъ различныхъ уголовныхъ законовъ (уголовныхъ санкцій). Въ подобныхъ случаяхъ существуетъ только одно преступленіе, но такое, которое можетъ быть обсуждаемо съ различныхъ точекъ зрѣнія. Поэтому виновный можетъ быть наказанъ только однажды, на основаніи одной какой-либо изъ этихъ уголовныхъ санкцій (non bis in idem)

Нерѣдко при одномъ преступленіи, которое совершено лицомъ, совпадаютъ нѣсколько основаній для его квалификаціи. Напр. законъ выдѣляетъ между прочими видами кражи: кражу, посредствомъ влѣзанія въ строеніе, кражу посредствомъ взлома, вооруженную кражу. Если, положимъ, воръ долѣзъ до перваго этажа

чужаго дома, затѣмъ взломалъ ставень и окно и, проникнувъ такимъ путемъ въ помѣщеніе, совершилъ кражу, причемъ имѣлъ при себѣ оружіе, то здѣсь не будетъ совокупности нѣсколькихъ привилегированыхъ кражъ, а лишь стеченіе нѣсколькихъ квалификаціонныхъ моментовъ въ одной кражѣ, вліяющихъ на усиленіе наказанія только въ предѣлахъ его maximum'a и minimum'a, на основаніи § 243 уложенія.

V.

Rosenblatt, Die Strafen-Concurrenz (ein Beitrag zur Lehre von der sogenannten Verbrechens-Concurrenz), изд. 1879 г.

Признавая общепринятое опредѣленіе понятія совокупности преступленій, какъ совпаденія нѣсколькихъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ однимъ и тѣмъ же лицомъ до постановленія объ одномъ изъ нихъ судебнаго приговора,—несостоятельнымъ, авторъ исходитъ изъ слѣдующихъ соображеній. Нѣтъ никакой надобности создавать въ наукѣ уголовнаго права какое то особое понятіе совокупности преступленій, которое будто бы должно быть обсуждаемо на основаніи особыхъ, этому одному понятію свойственныхъ, началъ, и затѣмъ устанавливать для этого юридическаго случая спеціальную карательную систему. Моментъ, модифицирующій наказуемость виновнаго въ смыслѣ смягченія суммарнаго наказанія, слѣдующаго за стекающіяся преступленія по закону, нельзя видѣть въ томъ, что совершеніе нѣсколькихъ преступленій однимъ лицомъ имѣло мѣсто прежде, чѣмъ объ одномъ изъ нихъ состоялся уголовный приговоръ, ибо это значило бы придавать простому провозглашенію приговора, присужденію наказанія за одно преступленіе, такое значеніе, какого обстоятельство это, само по себѣ (an und für sich), имѣть не можетъ. Неужели, спрашиваетъ авторъ, наказуемость того, кто учинилъ нѣсколько преступленій до постановленія объ одномъ изъ нихъ судебнаго приговора, становится, благодаря одному этому обстоятельству, существенно отличною отъ наказуемости того, кто совершилъ одно или нѣсколько преступленій послѣ произнесенія приговора о прежнемъ преступленіи, но до отбытія опредѣленнаго за это преступленіе наказанія.

По мнѣнію автора, модифицирующее вліяніе на мѣру наказанія, которая должна быть опредѣлена за нѣсколько стекающихся преступленій, можетъ имѣть лишь то обстоятельство, что наказаніе, назначенное за ранѣе учиненное преступленіе, или то, кото-

рое должно было быть назначено, еще не было отбыто, *что по этому нѣсколько наказаній должны быть отбыты одновременно или непрерывно одно послѣ другаго.* Такимъ образомъ существенный характеристическій моментъ понятія совокупности преступленій заключается именно въ одновременномъ, или непрерывно слѣдующемъ одно за другимъ, отбываніи нѣсколькихъ наказаній за нѣсколько преступленій и только въ немъ надлежитъ видѣть причину установленія особыхъ началъ для обсужденія стекающихся преступленій. Стеченіе преступленій (наказаній, согласно воззрѣнію автора) будетъ имѣть мѣсто не тогда, когда нѣсколько преступленій совершены однимъ и тѣмъ же лицомъ до постановленія объ одномъ изъ нихъ судебнаго приговора, но когда нѣсколько преступленій совершены однимъ и тѣмъ же лицомъ прежде, чѣмъ было отбыто наказаніе за одно изъ нихъ, причемъ наказанія, которыя должны быть присуждены, подлежатъ отбытію одновременно или непосредственно одно послѣ другаго. Согласно этому, понятіе такъ называемой совокупности преступленій расширяется на *всѣ* случаи, но съ другой стороны лишь на тѣ, въ которыхъ сталкивается нѣсколько наказаній за нѣсколько, еще не погашенныхъ (наказаніемъ, давностью или помилованіемъ) преступленій одного и того же лица.

Для понятія совокупности преступленій въ этомъ смыслѣ, необходимы слѣдующіе моменты: 1) нѣсколько преступленій, 2) совершенныхъ однимъ и тѣмъ же лицомъ, 3) прежде чѣмъ за одно изъ нихъ было отбыто наказаніе и 4) при этомъ подлежащія отбытію наказанія должны быть приведены въ исполненіе одновременно или непосредственно одно за другимъ, т. е. должны быть сложены въ одно общее наказаніе (напр. нѣсколько наказаній лишеніемъ свободы), или должны быть совмѣстно приведены въ исполненіе (напр. денежная пеня наряду съ лишеніемъ свободы).

Въ частности, что касается перваго изъ этихъ моментовъ, то вопросъ о томъ, когда существуютъ нѣсколько преступленій, разсматриваемый многими криминалистами въ ученіи о совокупности преступленій, именно подъ рубрикою простой (такъ называемой *идеальной*), и составной (такъ называемой реальной совокупности), относятся къ ученію о преступленіи, а не къ ученію о наказаніи, и вообще не имѣетъ значенія для вопроса о порядкѣ исполненія стекающихся наказаній.

Необходимость втораго условія совокупности наказаній,—чтобы

нѣсколько преступленій были учинены однимъ лицомъ, понятна сама собою. Третій моментъ входитъ въ понятіе совокупности наказаній потому, что если преступленіе учинено послѣ того, какъ наказаніе за другое преступленіе уже отбыто, то нѣтъ и одновременнаго исполненія нѣсколькихъ стекающихся наказаній, а вмѣстѣ съ тѣмъ не существуетъ и связи между новымъ преступленіемъ, учиненнымъ послѣ отбытія наказанія за прежнее преступленіе, и этимъ послѣднимъ. Четвертый моментъ въ понятіи совокупности наказаній есть самый важный, такъ какъ имъ опредѣляются условія примѣненія тѣхъ особыхъ началъ, коими опредѣляется наказуемость стекающихся, или, правильнѣе, подлежащихъ одновременному отбытію наказаній. Изложенныя начала должны, по мнѣнію автора, имѣть примѣненіе въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда подлежатъ одновременному (въ одномъ приговорѣ) сужденію нѣсколько преступленій одного и того же лица, изъ коихъ ни за одно еще не было опредѣлено и отбыто наказаніе; 2) когда однимъ лицомъ учинены нѣсколько преступленій, изъ которыхъ объ одномъ или нѣсколькихъ хотя и былъ постановленъ судебный приговоръ, но присужденное наказаніе еще вовсе не было отбыто, или отбыто невполнѣ, и въ это время обнаруживается другое, учиненное до постановленія этого приговора преступное дѣяніе, о которомъ приговоръ еще не состоялся, такъ что наказаніе, опредѣленное раньше, и наказаніе, долженствующее быть назначено теперь, подлежатъ одновременному отбытію; 3) наконецъ, когда однимъ лицомъ учинены нѣсколько преступленій, изъ коихъ объ одномъ или нѣсколькихъ хотя и постановленъ уже приговоръ, но присужденное наказаніе еще вовсе не отбыто, или отбыто не вполнѣ, и въ это время, т. е. послѣ произнесенія приговора (все равно вступившаго или не вступившаго въ законную силу) о прежнемъ преступленіи, но однако до отбытія присужденнаго за таковое наказанія, совершено еще другое или нѣсколько другихъ преступленій, такъ что и здѣсь наказаніе, которое должно быть вновь опредѣлено виновному, и то, которое было присуждено раньше, подлежатъ исполненію одновременно или непосредственно одно за другимъ. Съ другой стороны упомянутыя начала, опредѣляющія, какъ поступать при стеченіи нѣсколькихъ наказаній, непримѣнимы, по мнѣнію автора, къ случаю 4-му, именно когда подлежащее наказанію преступленіе учинено хотя и до постановленія приговора о другомъ преступленіи, однако обнаружено лишь по совершенномъ отбытіи нака-

занія, которое было присуждено за это другое преступленіе, такъ что наказанія не требуютъ уже ни одновременнаго, ни непосредственно одно за другимъ слѣдующаго ихъ исполненія.

Изъ приведенныхъ случаевъ, къ которымъ примѣнимы начала такъ наз. совокупности преступленій, безспорнымъ и общепризнаннымъ является лишь примѣненіе таковыхъ въ первомъ случаѣ. Мнѣнія криминалистовъ касательно опредѣленія такъ называемой совокупности преступленій и примѣнимости этого понятія къ отдѣльнымъ случаямъ могутъ быть сведены въ 4 группамъ; 1) Feuerbach, Grolman, Heffter, Marezoll, Bauer, Sander и Rotteck признаютъ совокупность преступленій только въ 1 случаѣ, т. е. при одновременномъ постановленіи уголовнаго приговора о нѣсколькихъ преступленіяхъ (wenn mehrere noch unbestrafte Uebertretungen derselben Person als Gegenstand eines und desselben richterlichen Urtheiles zusammentreffen) и только въ этомъ единственномъ случаѣ допускаютъ смягченіе наказанія за стекающіяся преступленія. Воззрѣніе это представляется, очевидно, слишкомъ узкимъ и неимѣющимъ достаточнаго основанія, такъ какъ оно придаетъ чисто процессуальному и случайному обстоятельству—являются ли нѣсколько преступленій предметомъ одного или различныхъ судебныхъ приговоровъ,—рѣшающее значеніе въ вопросѣ о примѣнимости или непримѣнимости началъ матеріальнаго уголовнаго права. Такой взглядъ на такъ называемую совокупность преступленій былъ въ первой половинѣ текущаго столѣтія преобладающимъ въ доктринѣ. 2) Второе воззрѣніе, составляющее шагъ впередъ въ ученіи о совокупности преступленій и впервые развитое John'омъ (къ которому затѣмъ примкнули Berner, Merkel, отчасти Hälschner и вообще большинство новѣйшихъ криминалистовъ) значительно расширило понятіе совокупности преступленій и въ этомъ его главная заслуга. Согласно ему, совокупность преступленій имѣетъ мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда однимъ лицомъ совершены нѣсколько преступленій до постановленія приговора объ одномъ изъ нихъ, т. е. начало смягченія наказуемости стекающихся преступленій примѣняется въ случаяхъ 1, 2 и 4, но за исключеніемъ 3-го. Противъ этого общепринятаго воззрѣнія выступилъ Geyer, который, ставъ на ту точку зрѣнія, что въ такъ называемомъ ученіи о стеченіи преступленій рѣчь идетъ собственно о стеченіи наказаній, указалъ, что смягченная наказуемость стекающихся преступленій можетъ быть допускаема только тамъ, гдѣ стекаются нѣсколько

наказаній, подлежащихъ одновременному отбытію, т. е. въ случаяхъ 1, 2 и 3, за исключеніемъ 4 случая. Это 3-е воззрѣніе отчасти раздѣляютъ Köstlin и Schütze и вполнѣ самъ авторъ. Взглядъ Geyer'а касательно неприменимости началъ совокупности преступленій къ случаю 4 раздѣляется и Schwarze, по мнѣнію котораго (принятому германскимъ уложеніемъ) смягченная наказуемость стекающихся преступленій можетъ имѣть мѣсто лишь въ случаяхъ 1 и 2, но за исключеніемъ случаевъ 3 и 4.

Останавливаясь на вопросѣ о разграниченіи понятія такъ называемой совокупности преступленій отъ сходныхъ съ нимъ и родственныхъ ему понятій, авторъ дѣлитъ всѣ сомнительные случаи на 2 категоріи: 1) случаи мнимой совокупности преступленій, когда несомнѣнно существуетъ только одно преступленіе и 2) случаи, когда сомнительно, существуетъ ли дѣйствительная совокупность преступленій, или же только одно преступленіе. Къ первой категоріи Schütze относитъ слѣдующіе случаи: 1) Когда возникаетъ сомнѣніе въ томъ, какое преступленіе учинено, какой изъ нѣсколькихъ отдѣльныхъ законовъ нарушенъ (напр. слѣдуетъ ли въ данномъ умышленномъ убійствѣ видѣть Mord или Todtschlag). Здѣсь несомнѣнно имѣется одно лишь преступленіе и вопросъ сводится къ тому, подъ какой изъ нѣсколькихъ уголовныхъ законовъ слѣдуетъ его подвести. Такой случай представляется вездѣ, гдѣ одно наказуемое дѣяніе можетъ быть разсматриваемо съ различныхъ точекъ зрѣнія и потому можетъ быть различно квалифицируемо, а также когда однимъ преступнымъ дѣяніемъ нарушаются два уголовныхъ закона: общій и особенный, которые образуютъ мнимую конкурренцію. 2) Когда стекаются признаки квалифицированнаго или привиллегированнаго преступленія (напр. кражи со взломомъ и простой кражи, дѣтоубійства и умышленнаго лишенія жизни и т. п.). Здѣсь не можетъ быть рѣчи даже и о мнимой совокупности преступленій, ибо существуетъ только одно преступленіе. Далѣе, къ этой же категоріи относятся случаи такъ называемаго составнаго преступленія (das zusammengesetzte Verbrechen), т. е. когда нѣсколько правонарушеній, въ силу прямаго постановленія закона, образуютъ лишь одно преступленіе и должны быть обсуждаемы и наказываемы какъ одно преступленіе (напр. кража въ соединеніи съ насильственными дѣйствіями противъ личности образуетъ грабежъ). Впрочемъ въ такихъ случаяхъ необходимо различать, дѣйствовалъ ли виновный съ самаго начала съ намѣ-

реніемъ совершить составное преступленіе, напр. грабежъ или же первоначально хотѣлъ только украсть и лишь впослѣдствіи употребилъ насиліе противъ личности. Въ первомъ случаѣ будетъ одно (составное) преступленіе, во второмъ—нѣсколько преступленій.

Къ случаямъ сомнительной совокупности Schütze относитъ слѣдующіе случаи: Б многократно совершаетъ прелюбодѣяніе съ женою А; Х въ теченіе трехъ ночей похищалъ изъ амбара по одному мѣшку ржи. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ продолжаемымъ преступленіемъ, которое должно быть отличаемо отъ совокупности (такъ наз. повторно совершаемаго преступленія). Понятіе продолжаемаго преступленія оставалось въ теченіе долгаго времени столь же неяснымъ и спорнымъ, какъ и понятіе совокупности преступленій. Причину этого слѣдуетъ искать въ томъ, что продолжаемое преступленіе со времени Фейербаха, опредѣлившаго его, какъ подвидъ такъ называемой субъективной совокупности преступленій, разсматривалось постоянно въ связи съ совокупностію преступленій. Фейербахъ различаетъ: идеальную (формальную), объективную и субъективную совокупность. Послѣдняя должна имѣть мѣсто при нарушеніи одного и того же закона различными дѣяніями. Коль скоро субъективная совокупность возникаетъ при единствѣ объекта, существуетъ, по Фейербаху, продолжаемое преступленіе; при наличности нѣсколькихъ объектовъ—повторное преступленіе (ein wiederholtes Verbrechen). Эту ошибку Фейербаха впервые разоблачили Mittermaicr, Sander, John, Merkel и др., указавъ, что продолжаемое преступленіе не входитъ въ ученіе о совокупности преступленій. По мнѣнію автора, правильнѣе было бы причислить продолжаемое преступленіе къ случаямъ мнимой совокупности, ибо тамъ, гдѣ существуетъ *одно* продолжаемое преступленіе, немыслима совокупность нѣсколькихъ преступленій, а сомнѣніе можетъ возникать только относительно того, существуетъ ли въ данномъ случаѣ продолжаемое преступленіе, или совокупность преступленій. 2) когда преступная дѣятельность сопровождается нѣсколькими отягчающими обстоятельствами (Erschwerungsgründen), причемъ возникаетъ вопросъ, должно ли, при опредѣленіи наказанія виновному, принимать во вниманіе одно лишь тягчайшее изъ квалифицирующихъ обстоятельствъ, или же всѣ эти обстоятельства (напр. когда кража совершена въ третій разъ, съ оружіемъ, посредствомъ взлома, ночью). Этотъ случай никакъ уже не можетъ быть относимъ къ ученію о совокупности преступленій, потому что мы имѣ-

емъ здѣсь дѣло только съ *однимъ* преступленіемъ и *однимъ* наказаніемъ. 3) Когда одно дѣйствіе лица (ein Thatact) объединяетъ въ себѣ признаки нѣсколькихъ преступленій и является вопросъ, надлежитъ ли въ этомъ случаѣ складывать наказанія за всѣ эти преступленія или ограничиться назначеніемъ наказанія, слѣдующаго за тягчайшее изъ нихъ (напр. А умышленно поджогъ свой домъ съ цѣлью обмануть страховое общество). Случай этотъ одинъ изъ наиболѣе сомнительныхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ чаще всего встрѣчающихся въ судебной практикѣ. Въ такихъ случаяхъ надлежитъ, по мнѣнію автора, видѣть совокупность, коль скоро дѣяніе заключаетъ въ себѣ признаки нѣсколькихъ преступленій (напр. А поджигаетъ собственное имущество, съ цѣлью ввести въ обманъ страховое общество, и при этомъ подвергаетъ опасности отъ огня чужое имущество, то здѣсь будетъ совокупность поджога съ обманомъ). 4) Когда на ряду съ покушеніемъ на преступленіе существуетъ другое оконченное преступленіе и такимъ образомъ рождается вопросъ, слѣдуетъ ли назначить за покушеніе особое наказаніе (напр. если оконченное тѣлесное поврежденіе является вмѣстѣ съ тѣмъ и покушеніемъ на убійство. Этотъ случай также было бы правильнѣе причислить къ сомнительнымъ случаямъ совокупности. По мнѣнію Schütze, если оконченное преступленіе послужило лишь средствомъ для учиненія того, которое осталось на степени покушенія, то слѣдуетъ признать существованіе одного только преступленія, именно покушенія; въ противномъ случаѣ должно признать существованіе обоихъ преступленій и, сообразно съ этимъ, назначить наказаніе.

Нѣкоторое сходство съ понятіемъ совокупности представляетъ принципіально и существенно отъ него отличное понятіе рецидива. Понятіе рецидива, по мнѣнію автора, должно быть ограничено тѣмъ случаемъ, когда лицо, по совершенномъ отбытіи наказанія за извѣстное преступленіе, совершаетъ новое преступленіе того же рода; если новое преступленіе учинено до совершеннаго отбытія наказанія за прежнее однородное преступленіе, тогда имѣется 3 случай совокупности, ибо здѣсь приходится приводить въ исполненіе одновременно нѣсколько наказаній. Германское уложеніе (§ 245) признаетъ наличность повторенія даже въ томъ случаѣ, когда наказаніе отбыто виновнымъ только частію. Такой взглядъ совершенно неправиленъ потому, что о недѣйствительности прежняго наказанія, въ смыслѣ предупрежденія и исправленія винов-

наго, можно заключить лишь тогда, когда наказаніе уже было отбыто вполнѣ или частію. Во 2-хъ) если не ограничивать понятіе повторенія случаемъ совершенія преступленія по окончательномъ отбытіи наказанія, то пришлось бы установить особыя начала для случая совпаденія повторенія съ совокупностью преступленій, что породило бы лишь безполезныя усложненія при опредѣленіи мѣры наказанія. Если напр. тотъ случай, когда осужденный за извѣстное преступленіе совершаетъ до отбытія наказанія новое преступленіе того же рода, разсматривать какъ повтореніе, то пришлось бы сначала соотвѣтственно сему возвысить наказаніе, слѣдующее за второе преступленіе, и затѣмъ сложить его съ прежнимъ наказаніемъ, что безъ сомнѣнія не согласовалось бы съ требованіями справедливости; тогда какъ, признавая здѣсь 3 случай совокупности, мы просто слагаемъ оба наказанія, по началу редукціи, въ одно общее наказаніе.

Преступленіе въ смыслѣ положительнаго права есть дѣяніе, нарушающее уголовный законъ. Дѣяніе и уголовный законъ представляютъ собою два фактора, изъ совокупности коихъ образуется преступленіе. При этомъ могутъ возникнуть слѣдующія комбинаціи: 1) одно дѣяніе многократно нарушаетъ одинъ и тотъ же законъ; 2) одно дѣяніе нарушаетъ различные уголовные законы; 3) нѣсколько дѣяній нарушаютъ одинъ и тотъ же уголовный законъ; 4) нѣсколько дѣяній нарушаютъ различные уголовные законы.

На основаніи этихъ комбинацій различаются виды стеченія преступленій.

Первые два случая образуютъ такъ называемую простую (einthätige) совокупность преступленій, причемъ первый изъ нихъ называется простою однородною совокупностію преступленій (die einthätige gleichartige Verbrechens-Concurrenz), а второй—простою разнородною совокупностію преступленій (die mehrthätige ungleichartige Verbrechens-Concurrenz); послѣднія же двѣ комбинаціи представляютъ собою такъ называемую сложную совокупность преступленій (die mehrthätige Verbrechens-Concurrenz, при чемъ первая изъ нихъ составляетъ сложную однородную совокупность преступленій (die mehrthätige gleichartige Verbrechens-Concurrenz), а вторая—сложную разнородную совокупность (die mehrthätige ungleichartige Verbrechens-Concurrenz).

Такимъ образомъ различаются слѣдующіе виды совокупности преступленій: 1) простая и сложная совокупность преступленій

(идеальная, или формальная, и реальная); и 2) однородная и разнородная совокупность преступлений.

Два последнихъ вида признаются всѣми криминалистами, но вопросъ о томъ, бываетъ ли совокупность преступленій простою и сложною—остается весьма спорнымъ.

Въ виду того, что сущность такъ называемаго ученія о совокупности преступленій составляетъ собственно отысканіе соотвѣтственныхъ началъ, коими долженъ опредѣляться порядокъ исполненія наказаній, подлежащихъ одновременному отбытію, вопросъ о томъ, когда существуетъ одно преступленіе и когда ихъ нѣсколько, т. е. когда должно быть назначено *одно* наказаніе и когда нѣсколько наказаній—является вопросомъ, относящимся къ ученію о преступленіи, а не къ ученію о такъ называемой совокупности преступленій. Если существуетъ одно преступленіе, то должно быть назначено и отбыто *одно* наказаніе, при чемъ не можетъ быть и рѣчи о совокупности преступленій, т. е. наказаній. Примѣнимость началъ, на основаніи коихъ обсуждаются стекающіяся наказанія, ео ipso предполагаетъ наличность нѣсколькихъ преступленій, при чемъ совершенно безразлично, произошли ли эти нѣсколько преступленій изъ одного дѣянія или изъ нѣсколькихъ.

Поэтому, если и можно признать безспорнымъ то положеніе, что посредствомъ одного дѣянія могутъ быть учинены нѣсколько преступленій, т. е. что существуетъ такъ называемая идеальная совокупность преступленій, то, съ другой стороны, послѣдняя ни однимъ существеннымъ уголовно-правовымъ признакомъ не отличается отъ такъ называемой реальной совокупности преступленій и, слѣдовательно, не требуетъ особой уголовно-юридической оцѣнки.

Проведеніе различія между однородною и разнородною совокупностью преступленій не имѣетъ также никакого значенія, ибо принадлежность нѣсколькихъ преступленій къ одному и тому же или къ различнымъ родамъ преступныхъ дѣяній не оказываетъ никакого вліянія на мѣру наказанія, которое должно быть назначено судомъ: судъ всегда долженъ назначать столько наказаній, сколько онъ имѣетъ передъ собою преступленій.

Съ этой точки зрѣнія, для всѣхъ случаевъ совокупности долженъ существовать лишь одинъ общій принципъ наказуемости, причемъ одни и тѣ же начала исполненія стекающихся наказаній должны имѣть примѣненіе безотносительно къ тому, вытекаютъ ли подлежащія отбытію наказанія изъ простой или

составной, однородной или неоднородной совокупности преступленій. Обыкновенно различають три системы наказанія стекающихся преступленій: начало сложенія, начало поглощенія и такъ называемое среднее начало (das mittlere Princip). Съ своей стороны авторъ принимаетъ классификацію Schütze, который различаетъ 4 системы, именно 2 крайнія: начало сложенія и начало поглощенія (Cumulationsprincip u Absorptionsprincip) и 2 посредствующія между ними: начало усиленія наказуемости (Strafschärfungs-Exasperationsprincip) и начало юридическаго сложенія наказаній (das juridische Cumulations,-Kürzungs,-Reductionsprincip).

Изъ этихъ 4-хъ началъ единственно правильнымъ оказывается, по мнѣнію автора, юридическое начало редукціи, принятое во всѣхъ почти новѣйшихъ кодексахъ. Начало это, представляя аналогію съ принципомъ усиленія наказанія въ томъ отношеніи, что оба они являются посредствующими принципами, устраняющими крайности принциповъ простаго сложенія и поглощенія, существенно однако отличается отъ принципа усиленія наказаній тѣмъ, что въ основѣ его лежитъ не принципъ поглощенія, какъ тамъ, а принципъ сложенія наказаній. Если начало ариѳметическаго сложенія является несправедливымъ единственно потому, что оно не принимаетъ въ разсчетъ большей чувствительности наказаній, при одновременномъ ихъ исполненіи, то отсюда слѣдуетъ только, что это обстоятельство должно быть принято во вниманіе при опредѣленіи наказанія по совокупности, т. е. что суммарное наказаніе должно быть соотвѣтственно понижено, что и достигается примѣненіемъ начала редукціи. Такимъ образомъ этотъ принципъ, логически вытекая изъ существа т. наз. совокупности преступленій, допускаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и вполнѣ послѣдовательное проведеніе его на практикѣ.

Изъ него вытекаютъ слѣдующія положенія: 1) если стекаются два наказанія, одно другое взаимно исключающія, напр. двѣ смертныя казни, смертная казнь и лишеніе свободы, два или нѣсколько пожизненныхъ лишеній свободы и т. д., то приведенію въ исполненіе подлежитъ одно лишь тягчайшее наказаніе, или, коль скоро стекаются одинаковыя наказанія, то *одно* изъ нихъ;

2) во всѣхъ другихъ случаяхъ, *если* стекающіяся наказанія, слѣдующія за отдѣльныя преступленія, однородны, то они должны быть сложены и затѣмъ уменьшены на основаніи слѣдующихъ началъ:

а) общее, т. е. подлежащее отбытію наказаніе не должно быть равно суммѣ отдѣльныя наказаній, но должно быть менѣе ея; два наказанія лишеніемъ свободы на 20 лѣтъ не могутъ быть обращены въ лишеніе свободы на 40 лѣтъ, потому что это несогласно было бы съ принципомъ большей интенсивности сложенныхъ наказаній;

б) нельзя переходить въ виду стеченія нѣсколькихъ наказаній отъ одного вида наказанія къ другому, болѣе тяжкому, а именно:

α) вмѣсто двухъ или нѣсколькихъ наказаній лишеніемъ свободы не можетъ быть назначаема смертная казнь, и вмѣсто нѣсколькихъ срочныхъ наказаній лишеніемъ свободы не можетъ быть назначено пожизненное лишеніе свободы:

β) не могутъ быть замѣняемы; денежныя пени—лишеніемъ свободы, арестъ—тюрьмою, тюрьма—смирительнымъ домомъ;

𝔊) не опозоривающія наказанія не могутъ быть замѣняемы наказаніями опозоривающими;

в) необходимо установить извѣстный максимумъ наказанія, переходить за который, при сложеніи отдѣльныхъ наказаній, судья не вправѣ, напр. максимумъ въ 30 или 25 лѣтъ при лишеніи свободы, двойной или тройной размѣръ положенной за тягчайшее изъ совершенныхъ преступленій денежной пени и т. д;

з) если стекающіяся наказанія разнородны, то,—при невозможности замѣны одного наказанія другимъ для послѣдующей редукціи суммарнаго наказанія,—каждое изъ нихъ должно быть соотвѣтственно понижено.

Что касается примѣненія вышеизложенныхъ началъ на практикѣ, то въ этомъ отношеніи необходимо различать, имѣется ли на лицо первый случай т. наз. совокупности преступленій, или же 2 и 3 случаи, т. е. являются ли конкуррирующія преступленія предметомъ одного уголовнаго приговора, или нѣсколькихъ.

Если нѣсколько преступленій являются предметомъ одного приговора, тогда судья назначаетъ въ приговорѣ подлежащее наказаніе за каждое отдѣльное преступленіе, поименовываетъ, слѣдовательно, въ приговорѣ не только всѣ тѣ преступленія, въ которыхъ подсудимый признанъ виновнымъ, но и всѣ отдѣльныя наказанія, которыя должны быть назначены за данныя преступленія, складываетъ отдѣльныя наказанія въ одно общее наказаніе и подвергаетъ его затѣмъ соотвѣтственному смягченію, т. е. редукціи. Если стекающіяся наказанія не могутъ быть слагаемы въ одно общее наказаніе, въ виду их разнородности, то каждое изъ

нихъ или тягчайшее должны подлежать соотвѣтственному смягченію. Такимъ образомъ приговоръ долженъ гласить слѣдующее: подсудимый А, признанный виновнымъ въ преступленіи 1 и преступленіи 2, подлежитъ за первое—наказаніе *a*, за послѣднее—наказанію *b*; но изъ обоихъ этихъ наказаній составляется общее наказаніе $(a+b)-x$, причемъ *x* представляетъ эквивалентъ большей интенсивности сложенныхъ наказаній, который подлежитъ вычету изъ суммы отдѣльныхъ наказаній. Вслѣдствіе такой редакціи приговора, высшія судебныя инстанціи получаютъ возможность судить о томъ, не была ли превышена судьею мѣра слѣдующаго по закону наказанія. Это важно для того именно случая, когда лицо, признанное первою инстанціею виновнымъ въ нѣсколькихъ преступленіяхъ, освобождается затѣмъ кассаціоннымъ судомъ отъ наказанія за одно или нѣсколько изъ этихъ преступленій, въ какомъ случаѣ подлежащія наказанія отпадаютъ, а остающіяся слагаются въ общее наказаніе. Даже въ томъ случаѣ, когда за одно изъ стекающихся преступленій угрожаетъ смертная казнь, въ приговорѣ должны быть опредѣляемы наказанія за всѣ стекающіяся преступленія, ибо лишь смертная *казнь* поглощаетъ всѣ другія наказанія, а не преступленіе, которое заслуживаетъ смертной казни. Въ частности это имѣетъ практически важное значеніе для того случая, когда смертная казнь замѣняется лишеніемъ свободы, и гдѣ, слѣдовательно, это замѣняющее наказаніе должно быть слагаемо съ прочими конкуррирующими наказаніями.

Если стекающіяся преступленія или, вѣрнѣе, стекающіяся и подлежащія совмѣстному отбытію наказанія не являются предметомъ одного и того же приговора, т. е. если приговоръ по совокупности постановляется послѣ осужденія виновнаго за одно изъ преступленій, и наказанія должны быть отбыты вслѣдъ за отбытіемъ наказанія за первое преступленіе, то судья назначаетъ за новыя преступленія добавочное наказаніе и, притомъ, такимъ образомъ, чтобы это добавочное наказаніе, въ сложности съ прежде назначеннымъ наказаніемъ, достигало того же размѣра, какъ и въ томъ случаѣ, если бы о всѣхъ данныхъ преступленіяхъ приговоръ постановлялся одновременно, т. е. опредѣленіе мѣры дополнительнаго наказанія должно производиться по тѣмъ же правиламъ, которыя должны были имѣть примѣненіе при одновременномъ постановленіи приговора о всѣхъ преступленіяхъ.

Согласно этому, позднѣйшій приговоръ долженъ быть изложенъ

слѣдующимъ образомъ: преступникъ, приговоренный за ранѣе сужденное, но еще не погашенное преступленіе 1 къ наказанію a, въ настоящее время признанъ виновнымъ въ преступленіи 2, за что и подлежитъ наказанію b, но такъ какъ наказаніе это должно быть отбыто одновременно съ наказаніемъ a или непосредственно послѣ него, то, принимая во вниманіе что при одновременномъ постановленіи приговора, наказанія a и b были бы сложены въ одно общее наказаніе $(a+b)-x$, надлежитъ вычесть изъ нынѣ присужденнаго наказанія b эквивалентъ большей интенсивности сложенныхъ наказаній x, каковое дополнительное наказаніе $b-x$, должно быть отбыто виновнымъ вслѣдъ за отбытіемъ наказанія a.

Относительно добавочнаго наказанія надлежитъ замѣтить еще слѣдующее:

1) если за преступленія, о которыхъ приговоръ долженъ быть постановленъ позже, угрожаетъ смертная казнь, то прежній приговоръ долженъ остаться безъ исполненія, ибо смертная казнь, согласно большинству уголовныхъ кодексовъ, не должна быть отягчаема.

Если, затѣмъ, будетъ назначена смертная казнь, то, въ случаѣ помилованія и замѣны смертной казни лишеніемъ свободы, послѣднее складывается, по правиламъ юридическаго сложенія, съ наказаніемъ, назначеннымъ за прежнее преступленіе. Если же отмѣны смертной казни не послѣдуетъ, то прежнее наказаніе отпадаетъ, потому что смертная казнь поглощаетъ всѣ другія наказанія. Наконецъ если часть прежде назначеннаго наказанія уже отбыта, то смертная казнь уже не можетъ быть приведена въ исполненіе, потому что это означало бы ея отягченіе;

2) нельзя согласиться съ постановленіемъ проекта австрійскаго уложенія, что въ томъ случаѣ, когда позже обнаруженное преступленіе, за которое должно быть назначено добавочное наказаніе, столь маловажно, что, въ виду его, *не слѣдовало* бы усиливать или отягчать наказанія, назначеннаго за прежнее преступленіе, преслѣдованіе за это маловажное преступленіе можетъ совсѣмъ отпасть; это постановленіе неправильно потому, что только позднѣйшее наказаніе можетъ быть поглощено прежнимъ наказаніемъ (напр. въ томъ случаѣ, когда субъектъ, приговоренный къ пожизненному заключенію, совершаетъ новое преступленіе), но не позднѣйшее преступленіе, которое не поглощается прежнимъ; такимъ образомъ преступникъ во всякомъ случаѣ долженъ быть признанъ

виновнымъ и въ этомъ новомъ преступленіи и только присужденное наказаніе можетъ быть признано поглощеннымъ прежнимъ наказаніемъ, при наличности необходимыхъ для того условій.

На основаніи вышеизложенныхъ началъ, авторъ приходитъ къ тому выводу, что т. наз. ученіе о совокупности преступленій имѣетъ своимъ предметомъ совокупность нѣсколькихъ наказаній, ибо задачею его является не отысканіе надлежащаго соотношенія между нѣсколькими преступленіями и наказаніемъ, которое должно быть за таковыя опредѣлено, а разрѣшеніе проблемы совмѣстнаго исполненія многихъ наказаній. Отсюда слѣдуетъ: 1) что ученіе о т. наз. совокупности преступленій принадлежитъ не къ области уголовнаго процесса, къ которому его отнесъ еще французскій законодатель, а къ области матеріальнаго уголовнаго права; и 2) что это ученіе составляетъ часть ученія о наказаніи, и притомъ самостоятельную часть о „многихъ наказаніяхъ, подлежащихъ совмѣстному или непрерывному, одно за другимъ, исполненію". Новѣйшія законодательства совершенно правильно посвящаютъ постановленіямъ о т. наз. совокупности преступленій особую главу; только слѣдовало бы установить и внѣшнюю связь этихъ постановленій съ учиненіемъ о наказаніи; 3) Для того, чтобы рѣшительно покончить съ прежнею теоріею и показать, что въ нашемъ ученіи рѣчь идетъ лишь объ одновременномъ исполненіи нѣсколькихъ наказаній, соотвѣтственныя постановленія по сему предмету должны получить въ кодексѣ наименованіе „о совокупности многихъ наказаній," какъ это сдѣлано въ шведскомъ уложеніи и въ новомъ италіанскомъ проектѣ.

VI.

Schütze, Die Konkuurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1883 г., **Heft** 1, стр. 48 и слѣд.).

Ученіе о совокупности преступленій, въ томъ видѣ, какъ оно поставлено въ законодательствахъ и доктринѣ текущаго столѣтія, невольно поражаетъ, говоритъ авторъ, своею запутанностью и доктринерствомъ. Ueberall sonst war seit fünf Jahrzehnten die Gesetzgebung bestrebt, den lehrhaften Zopf abzulegen, alle Reste doktrinären Puders abzuschütteln; eine Lossagung von der Vergangenheit, wie sie der nüchtern-praktische Zug eben unserer Zeit bedingte. Nun hier ging man

vor in geradezu umgekehrter Richtung. . . . In der That gewährt dieser strafrechtliche Stoff in den Gesetzbüchern unseres Jahrhunderts den unerquicklichen Anblick eines Raumes voll von Spinngeweben. Авторъ отрицаетъ всякое практическое значеніе за тѣми законодательными формулами и нормами наказуемости, которыя предлагаются дѣйствующими кодексами для обсужденія конкретныхъ случаевъ совокупности преступленій. Und fragen wir nun die Praxis, ob ihr durch die gesetzlichen Formeln und Bestrafungsnormen irgend etwas Brauchbares für die Erledigung des konkreten Konkurrenzfalles dargeboten sei, wir werden schwerlich andre als abfällige Antworten vernehmen. Wir werden hören, dass der durch das Gesetz selbst veranlassten Zweifel und Streitfragen kein Ende sei, oder wohl gar: es dürfte ohne jegliche Bestimmung des materiellen Strafgesetzes weitaus sicherer und besser entschieden werden. Исторія развитія этого ученія вплоть до конца 18 столѣтія указываетъ намъ на возможность чрезвычайно простаго разрѣшенія всѣхъ относящихся сюда вопросовъ. Въ старыхъ законодательствахъ мы встрѣчаемъ спеціальныя предписанія закона на случаи совокупности преступленій („concursus delictorum" „Kollision mehrerer Verbrechen und Strafen" „Zusammentreffen unterschiedlicher Missethaten") только при фактической невозможности приведенія въ исполненіе всѣхъ заслуженныхъ виновнымъ наказаній; рѣшеніе же вопроса о томъ, имѣется ли въ данномъ случаѣ одно или нѣсколько наказуемыхъ дѣяній предоставлялось исключительно усмотрѣнію и опытности судьи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Дальнѣйшій вопросъ о томъ, составляютъ ли учиненныя дѣянія нѣсколько самостоятельныхъ деликтовъ, разрѣшался путемъ истолкованія смысла подлежащихъ опредѣленій закона или обычнаго права, безъ помощи какихъ бы то ни было доктринерскихъ шаблоновъ. Съ другой стороны, при отсутствіи спеціальныхъ подраздѣленій и правилъ въ ученіи о совокупности, оставалось нерѣшеннымъ, куда относится это ученіе, къ формальному или матеріальному праву, тѣмъ болѣе, что ни въ кодексахъ, ни въ доктринѣ того времени еще не существовало строгаго разграниченія этихъ двухъ областей права. Что же касается наказуемости случаевъ дѣйствительной совокупности, то въ этомъ отношеніи правильность примѣненія начала quot delicta, tot poenae казалась вполнѣ очевидною, и отступленія отъ него, выражавшіяся въ томъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ или примѣнялось начало поглощенія тягчайшимъ

наказаніемъ прочихъ наказаній, или усиленіе этого тягчайшаго наказанія, вызывались не теоретическими соображеніями, а исключительно характеромъ дѣйствовавшей въ то время карательной системы. Пока господствовали абсолютно-опредѣленныя наказанія, все зависѣло отъ возможности соединенія однородныхъ или разнородныхъ наказаній при ихъ исполненіи. Но затѣмъ, по мѣрѣ того какъ къ концу среднихъ вѣковъ область арбитрарныхъ наказаній (преимущественно за менѣе важныя преступленія) значительно расширилась, судья получилъ возможность облагать стекающіяся преступныя дѣянія произвольнымъ общимъ наказаніемъ, а гдѣ (именно за тягчайшія преступленія) законъ налагалъ безусловно опредѣленныя наказанія, тамъ тягчайшее изъ наказаній казалось способнымъ погасить (Carpzow) всѣ прочія наказанія путемъ простаго поглощенія или же съ нѣкоторымъ усиленіемъ тягчайшаго наказанія. Позже, съ введеніемъ въ карательную систему новыхъ карательныхъ мѣръ, частію вытѣснившихъ, а частію восполнившихъ прежнія наказанія, въ особенности же съ введеніемъ пожизненныхъ и срочныхъ лишеній свободы и одновременнымъ устраненіемъ изъ кодексовъ арбитрарныхъ наказаній въ качествѣ нормальныхъ наказаній, было совершенно упущено изъ виду то простое положеніе, что, внѣ случаевъ фактической невозможности совмѣщенія всѣхъ заслуженныхъ виновнымъ наказаній, всякое изъ таковыхъ подлежитъ приведенію въ исполненіе. Но доктрина слишкомъ уже запуталась въ умствованіяхъ и удалилась отъ практическихъ требованій, чтобы слѣдовать тому указанію, которое давало историческое развитіе ученія о совокупности преступленій и считать простѣйшее разрѣшеніе относящихся сюда вопросовъ вмѣстѣ съ тѣмъ и наиболѣе правильнымъ. Иначе она непремѣнно пришла бы къ тому выводу, что, во 1-хъ, несовмѣстимость наказаній за тягчайшія преступленія требуетъ, въ видахъ справедливости, чтобы и къ менѣе важнымъ преступленіямъ, короче, во всѣхъ случаяхъ, было примѣняемо начало пониженія (reductio), хотя бы въ этихъ послѣднихъ случаяхъ и представлялась возможность совмѣстнаго исполненія наказаній, и что, во 2-хъ, надлежащія по этому предмету указанія для судьи должны найти мѣсто не въ уложеніи о наказаніяхъ, а въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, и только въ послѣднемъ. Если бы мы представили себѣ, говоритъ Schütze, что всѣ общія постановленія касательно совокупности наказуемыхъ дѣяній уже изъяты изъ дѣйствующаго кодекса, тогда въ каждомъ

случаѣ, гдѣ уголовному сужденію подлежать нѣсколько учиненныхъ однимъ и тѣмъ же подсудимымъ преступленій (заключающихся въ одномъ или нѣсколькихъ дѣяніяхъ), мѣра заслуженнаго виновнымъ, на основаніи подлежащаго параграфа закона, наказанія должна бы быть опредѣляема за каждое изъ этихъ отдѣльныхъ самостоятельныхъ преступленій особо. Засимъ, если присужденныя наказанія не допускаютъ ихъ совмѣстнаго исполненія, напр. если это будутъ нѣсколько смертныхъ казней или пожизненныхъ лишеній свободы, или же хотя и нѣсколько срочныхъ наказаній лишеніемъ свободы, но такихъ, которыя, въ ихъ совокупности, превысили бы общій для даннаго вида наказаній maximum, установленный закономъ, то нѣтъ надобности доказывать что совмѣстное приведеніе всѣхъ этихъ наказаній въ исполненіе представилось бы вполнѣ или отчасти невозможнымъ. Такая невозможность совмѣстнаго исполненія наказаній (Nichtzusammenvollstreckbarkeit) есть неизбѣжное слѣдствіе недостаточности всякой карательной системы. Она будетъ существовать и съ отмѣною смертной казни и пожизненнаго лишенія свободы, ибо всякій общій итогъ (Gesammtsumme) слѣдующихъ виновному по закону наказаній имѣетъ свой предѣлъ, и притомъ фактическій, даже тогда, если въ законѣ максимальный предѣлъ наказанія вовсе не установленъ. По отношенію къ тягчайшимъ преступленіямъ, эта несовмѣстимость подлежащихъ сложенію наказаній является непосредственно: она обусловливаетъ здѣсь невозможность исполненія наказанія, слѣдовательно фактическое полное или частичное отпаденіе наказанія за то или другое преступленіе. Никто не можетъ быть дважды казненъ, дважды отбывать пожизненное заключеніе въ Zuchthaus'ѣ или отбывать пять разъ двадцатилѣтнее лишеніе свободы. Тамъ, слѣдовательно, одно наказаніе должно остаться неисполненнымъ,—здѣсь же общая продолжительность наказанія должна быть уменьшена; извѣстная часть заслуженныхъ виновнымъ наказаній должна отпасть. Но и по отношенію къ болѣе легкимъ преступленіямъ, гдѣ, слѣдовательно, фактическая возможность совмѣстнаго исполненія всѣхъ заслуженныхъ виновнымъ наказаній существуетъ, примѣненію системы сложенія противится наше чувство справедливости. Неужели, спрашиваетъ авторъ, мы заставимъ того, кто заслужилъ за три учиненныя имъ преступленія: 2+3+4 года лишенія свободы, отбывать эти 9 лѣтъ полностію, тогда какъ тотъ, кто заслуживаетъ 7+8+9 лѣтъ заключенія получитъ 4 года, такъ сказать, въ даръ,

вслѣдствіе того, что maximum лишенія свободы опредѣляется закономъ въ 20 лѣтъ. Справедливость требуетъ, чтобы и здѣсь дѣлалась соотвѣтственная скидка изъ общей суммы наказаній. Was in den schwereren Straffällen die thatsächliche bezw. gesetzliche Unvereinbarkeit der Strafmittel oder die Unvollstreckbarkeit der Strafquanta von selbst ergiebt, das wird zur billigen Konsequenz für die Fälle der Vereinbarkeit und Vollstreckbarkeit welche obendrein die leichteren Straffälle sind. Границы для такого сокращенія суммарнаго наказанія опредѣлить не трудно. Максимумъ смягченія (Mindestgrenze) будетъ тягчайшая мѣра наказанія за отдѣльное преступленіе (безотносительно къ тяжести самаго вида наказанія), а минимумъ (Höchstgrenze)—сумма всѣхъ наказаній въ ихъ сложности. Послѣдній предѣлъ никогда не долженъ быть достигаемъ, первый же, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ оказаться достаточнымъ.

Grenzen für die Reduktion bilden der Gesamtbetrag der erkannten Einzelstrafen—natürlich unter Respektirung der absoluten Strafmaxima für die einzelnen Strafmittel, welche das Gesetzbuch vorschreibt,—welcher jedoch nicht voll erreicht werden darf, einerseits und die schwerste unter den erkannten Einzelstrafen andererseits.

Начало сокращенія (Reduktionsbegriff) не примѣнимо однако, какъ было уже выше замѣчено, къ нѣкоторымъ наказаніямъ, и притомъ по чисто фактическимъ основаніямъ, потому именно, что эти наказанія не допускаютъ соединенія ихъ съ другими наказаніями. Таковы: смертная казнь и пожизненное лишеніе свободы; наказанія эти не могутъ быть ни отбываемы нѣсколько разъ, ни соединяемы одно съ другимъ или даже съ срочными лишеніями свободы, но могутъ быть совмѣщаемы съ денежнымъ взысканіемъ. Эти наказанія, которыя можно назвать безусловно несовмѣстимыми (absolut inkompatible) поглощаютъ, слѣдовательно, прочія заслуженныя виновнымъ наказанія, причемъ послѣднія отпадаютъ. Напротивъ того другія наказанія могутъ быть названы лишь относительно несовмѣстимыми (relativ inkompatibel), именно по причинѣ невозможности перейти за извѣстный maximum, установленный закономъ. Затѣмъ остается рѣшить вопросъ, какъ должна быть производима редукція тамъ, гдѣ она вообще выполнима. Должно ли быть уменьшаемо каждое изъ присужденныхъ наказаній въ отдѣльности, или же сбавка должна послѣдовать изъ общей ихъ суммы? Въ практическомъ отношеніи здѣсь конечно

нѣтъ никакой разницы. Напр. въ вышеприведенномъ примѣрѣ рѣшительно все равно, будетъ ли суммарное наказаніе, составившееся изъ отдѣльныхъ наказаній въ 2, 3, 4 года, т. е. 9 лѣтъ, прямо понижено до $7^1/_2$, или же каждое изъ отдѣльныхъ наказаній въ 2, 3, 4 года подвергнется соотвѣтственному уменьшенію (на $^1/_3+^1/_2+^2/_3=1^1/_2$ года). Законъ долженъ установить для всѣхъ наказаній лишеніемъ свободы одинъ общій масштабъ ихъ относительной стоимости (einen allgemeinen Masstab des Werthverhältnisses), который бы дѣлалъ возможнымъ замѣну разнородныхъ срочныхъ лишеній свободы однимъ видомъ этого наказанія, именно тягчайшимъ изъ назначенныхъ виновному наказаній. При такихъ условіяхъ редукція общаго наказанія становится возможною. При совокупности денежнаго взысканія и наказанія лишеніемъ свободы, соединеніе наказаній въ одно общее наказаніе (внѣ случая несостоятельности къ уплатѣ денежнаго штрафа) не возможно. Здѣсь, слѣдовательно, должна имѣть мѣсто редукція отдѣльныхъ наказаній, на основаніи установленной закономъ расцѣнки этихъ наказаній, и подъ тѣмъ условіемъ, чтобы тягчайшее изъ присужденныхъ in concreto отдѣльныхъ наказаній осталось максимальнымъ предѣломъ для редукціи. Die Reduktion ist am Gesamtbetrage aller Einzelstrafen vorzunehmen, soweit ein solcher auf dem Wege der Umwandlung festgestellt werden darf; andernfalls, also aushilflich, an jeder Einzelstrafe (oder an den zusammenrechenbaren Einzelstrafen) verhältnismässig. Общій итогъ отдѣльныхъ наказаній получается при однородныхъ наказаніяхъ путемъ простаго сложенія, а при разнородныхъ при посредствѣ замѣны. Подъ послѣднею здѣсь слѣдуетъ разумѣть замѣщеніе одного наказанія другимъ отличнымъ отъ него видомъ, но одинаковымъ по тяжести (dem Werthe nach). При подобной замѣнѣ должно быть однако наблюдаемо, чтобы въ результатѣ не получилось такого наказанія, которое или а) несоизмѣримо (inkommensurabel) съ прочими (напр. смертная казнь и пожизненное заключеніе являются несоизмѣримыми, какъ одно по отношенію къ другому, такъ и по отношенію къ срочнымъ лишеніямъ свободы и денежнымъ взысканіямъ), или б) хотя и соизмѣримо (kommensurabel) съ остальными наказаніями, но не заслужено ни за одно изъ стекающихся преступленій въ отдѣльности; такимъ образомъ два тюремныхъ заключенія не должны быть замѣняемы цухтгаузомъ, два ареста тюрьмой, нѣсколько денежныхъ взысканій (помимо слу-

чая несостоятельности къ ихъ уплатѣ)—лишеніемъ свободы. Причина, по которой здѣсь не можетъ быть допускаема замѣна, состоитъ въ томъ, что различныя карательныя мѣры представляютъ не только количественное, но и качественное между собою различіе.

Но не слѣдуетъ ли ограничить примѣненіе начала редукціи только случаями совокупности многихъ дѣяній (mehrthätige Konkurrenz), а для совокупности въ одномъ дѣяніи (einthätige Konkurrenz) установить другой принципъ? Авторъ высказывается въ пользу меньшей наказуемости совокупности втораго вида по слѣдующимъ основаніямъ. Нельзя не придавать значенія тому обстоятельству, что учиненіе нѣсколькихъ преступленій произошло несамостоятельнымъ путемъ (in unselbständiger Weise), чрезъ посредство одного и того же дѣянія, и это соображеніе имѣетъ силу не только тамъ, гдѣ существуетъ, такъ сказать, concursus necessarius (какъ при кровосмѣсительномъ прелюбодѣяніи или изнасилованіи и т. п.), но и въ случаяхъ произвольнаго, факультативнаго соединенія нѣсколькихъ преступленій въ одномъ дѣяніи (оскорбленіе нѣсколькихъ лицъ однимъ выраженіемъ). Основаніе для смягченной наказуемости въ этихъ случаяхъ заключается въ томъ, что совершеніе нѣсколькихъ самостоятельныхъ дѣяній изобличаетъ въ виновномъ болѣе упорную, болѣе интенсивную преступную волю. Всякое отдѣльное дѣяніе требуетъ и особаго волеопредѣленія на его совершеніе; фактъ, что въ борьбѣ преступной рѣшимости съ силою внутренняго противодѣйствія побѣда неоднократно уже оставалась на сторонѣ первой, долженъ почитаться признакомъ большей испорченности и опасности субъекта. Въ извѣстномъ школьномъ примѣрѣ совокупности преступленій въ одномъ дѣяніи, субъектъ, изнасиловавшій свою замужнюю сестру, быть можетъ, едвали бы рѣшился на изнасилованіе А, кровосмѣшеніе съ Б, и прелюбодѣяніе съ В. По мнѣнію Schütze, вполнѣ умѣстно установить въ самомъ законѣ различіе въ мѣрѣ редукціи наказанія по отношенію къ обоимъ видамъ совокупности. Die einheitliche That, welche mehrere konkurrierende Delikte gesetzt hat, findet ihre Verwertung als mindernder Strafzumessungsgrund innerhalb der Reduktionsgrenzen.

Признавая, что постановленія закона о совокупности преступленій должны отойти въ область формальнаго права, авторъ исходитъ изъ слѣдующихъ соображеній. Задача матеріальнаго права, кодифицированнаго въ уголовномъ кодексѣ, исчерпывается установле-

ніемъ въ особенной части кодекса понятій отдѣльныхъ преступленій и ихъ карательныхъ санкцій, а въ общей—опредѣленіемъ понятій: уголовнаго закона, наказанія и наказуемаго дѣянія, условій примѣненія наказанія къ наказуемому дѣянію, правилъ касательно обстоятельствъ исключающихъ, смягчающихъ или усиливающихъ и уничтожающихъ наказуемость. Но уголовный законъ заходитъ въ чуждую ему область уголовнаго процесса и судейской интерпретаціи, какъ скоро онъ хочетъ предусмотрѣть всѣ тѣ, in abstracto неисчерпаемыя, стеченія наказуемыхъ дѣяній при одномъ и томъ же субъектѣ, которыя требуютъ модифицированнаго примѣненія карательныхъ постановленій. Предписанія закона, вызываемыя совпаденіемъ нѣсколькихъ наказуемыхъ дѣяній въ одномъ и томъ же субъектѣ (subjektive Konkurrenz, subjektive Konnexität) распадаются по своему содержанію на 4 группы: на правила 1) о подсудности по мѣсту и предмету 2) о соединеніи или раздѣленіи предварительнаго изслѣдованія и сужденія 3) о постановкѣ одного общаго или нѣсколькихъ приговоровъ въ одномъ и томъ же или разныхъ судебныхъ установленіяхъ и 4) о приведеніи въ исполненіе наложенныхъ по суду наказаній. Постановленія, относящіяся къ 1 и 2 группамъ, повсюду вошли въ уставы уголовнаго судопроизводства, тогда какъ находящіяся въ неразрывной съ ними связи постановленія двухъ послѣднихъ группъ, 3 и 4, обыкновенно оставляются въ уголовныхъ уложеніяхъ безъ всякаго принципіальнаго основанія для такого распредѣленія законодательнаго матеріала. Между тѣмъ едвали можно сомнѣваться въ томъ, что всѣ необходимыя для судьи указанія относительно порядка присужденія наказаній и ихъ приведенія въ исполненіе въ случаяхъ совокупности преступленій, должны быть размѣщены въ соотвѣтственныхъ отдѣлахъ устава угол. суд., а именно частію въ главѣ о постановленіи приговоровъ, частію же въ главѣ объ исполненіи стекающихся наказаній, по вступленіи приговоровъ о нихъ въ законную силу. Предварительный же вопросъ о томъ, когда слѣдуетъ признать наличность одного и когда нѣсколькихъ наказуемыхъ дѣяній, и когда въ обоихъ случаяхъ существуетъ нарушеніе одного и нѣсколькихъ законовъ, находитъ себѣ разрѣшеніе въ правильномъ истолкованіи подлежащихъ опредѣленій закона,—въ одномъ случаѣ постановленій устава уголовнаго судопроизводства—въ другомъ уголовнаго уложенія, причемъ въ особыхъ постановленіяхъ по этому предмету нѣтъ никакой на-

добности. Alles, was die heutigen Strafgesetzbücher über Begriff und Unterscheidungsmerkmale einer einthätigen und mehrthätigen Konkurrenz zu Tage gefördert haben, ist nicht das Papier wehrt, auf dem es gedruckt worden. Es ist theils unhaltbar, teils lückenhaft ausgefallen, und wird auch bei keinerlei Revision jemals brauchbare Regeln liefern. Es beengt und beeinträchtigt lediglich die richterliche Auffassung und Entscheidung des konkreten Straffalles.

До сихъ поръ одно только французское право послѣдовало по этому пути, включивъ правила касательно совокупности только въ уставъ уголовнаго судопроизводства. Къ сожалѣнію относящіяся сюда постановленія Code d'instr. crim (art. 365, 379, съ нѣкоторыми дополненіями по законамъ 1832 и 1833 г.г.) представляются настолько недостаточными и вообще несостоятельными, что сдѣлались для французской теоріи и практики источникомъ нескончаемыхъ споровъ и совершенно произвольныхъ толкованій.

Затѣмъ остается рѣшить вопросъ, въ какихъ случаяхъ вообще должно имѣть примѣненіе начало редукціи, или другими словами: какія изъ учиненныхъ однимъ и тѣмъ же индивидомъ преступленій должны быть принимаемы въ разсчетъ при редуцированіи наказанія? Существуетъ полное единомысліе относительно того, что тѣ наказуемыя дѣянія, которыя учинены лицомъ по совершенномъ отбытіи наказанія за одно или нѣсколько изъ ранѣе имъ учиненныхъ преступленій, вполнѣ исключаютъ редукцію наказанія; здѣсь должны имѣть силу постановленія касательно рецидива. Засимъ прочіе относящіеся сюда случаи (относительно которыхъ въ новѣйшихъ законодательствахъ и доктринѣ все еще существуютъ разногласія) распадаются на двѣ главныя группы:

Нѣсколько преступленій учинены однимъ и тѣмъ же лицомъ: или А) до постановленія приговора объ одномъ изъ нихъ (для краткости ихъ можно назвать предшествующими преступленіями), или Б) послѣ постановленія объ одномъ изъ нихъ приговора (послѣдующія преступленія), будетъ ли то передъ началомъ отбыванія наказанія (исполненія) или по начатіи отбыванія, но еще во время таковаго. По мнѣнію автора, во всѣхъ этихъ случаяхъ начало редукціи должно имѣть мѣсто.

На дѣлѣ въ настоящее время правильность такого вывода оспаривается только въ двухъ случаяхъ. Никакого сомнѣнія не возбуждаетъ ни въ законодательствахъ, ни въ теоріи то положеніе, что въ случаяхъ совокупности, которые приведены подъ буквою А, назначеніе

болѣе мягкаго наказанія за стекающіяся преступленія не должно зависѣть отъ постановленія общаго о нихъ приговора однимъ судомъ, не должно, далѣе, зависѣть отъ одновременности судебнаго преслѣдованія и постановленія приговора различными судебными установленіями, и что такое смягченіе наказанія можетъ послѣдовать и въ дополнительномъ приговорѣ, если отдѣльныя изъ этихъ преступленій оставались нѣкоторое время не обнаруженными и, какъ раскрытыя позже, должны подлежать отдѣльному разслѣдованію и сужденію. Затѣмъ остаются спорными лишь слѣдующіе случаи: 1) тотъ случай, когда *предшествующее преступленіе* обнаруживается впервые послѣ отбытія наказанія за то преступленіе, которое раньше подверглось осужденію, или же только въ это время становится предметомъ уголовнаго сужденія (zur Aburtheilung gelangt); 2) всѣ случаи *послѣдующаго преступленія* въ вышеуказанномъ смыслѣ, гдѣ, слѣдовательно, совершеніе преступленія произошло въ промежутокъ между осужденіемъ (точнѣе: провозглашеніемъ приговора) и окончаніемъ отбытія наказанія. Если обратить вниманіе на первый случай, то нельзя не согласиться съ тѣмъ, что само по себѣ то обстоятельство, что *предшествующее преступленіе* было открыто впервые послѣ отбытія наказанія за преступленіе, ранѣе подвергшееся осужденію, или хотя и было раньше обнаружено, но только въ это время сдѣлалось предметомъ уголовнаго сужденія,—является чистою случайностью. Справедливо, поэтому, и здѣсь допустить смягченіе наказанія въ дополнительномъ приговорѣ. Что касается случаевъ *послѣдующаго преступленія*, то здѣсь примѣненіе начала редукціи вполнѣ оправдывается общимъ правиломъ a graviori ad levius. Въ практическомъ отношеніи проведеніе этого начала не представляетъ никакихъ трудностей въ двухъ случаяхъ, именно: когда *послѣдующее преступленіе* учинено или въ періодѣ между провозглашеніемъ приговора и началомъ исполненія наказанія, или когда оно, бывъ учинено до окончанія отбытія наказанія, обнаружено впервые по окончательномъ отбытіи наказанія.

Напротивъ затрудненіе можетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, возникать, когда *послѣдующее преступленіе* учинено во время самаго отбыванія наказанія, слѣдовательно, въ карательномъ заведеніи или во время побѣга или досрочнаго освобожденія. Упомянутая трудность является двоякою. Спрашивается, во первыхъ, какъ наказывать преступленія, учиненныя во время отбыванія пожизненнаго лишенія свободы? Не представляется ли цѣлесообраз-

нымъ наказывать извѣстныя маловажныя преступленія, коль скоро они учинены во время отбыванія срочнаго лишенія свободы, въ дисциплинарномъ порядкѣ? Но облагать предусматриваемыя уголовнымъ уложеніемъ преступныя дѣянія дисциплинарными наказаніями или предоставлять наложеніе уголовныхъ наказаній дисциплинарной власти значило бы придти къ полному извращенію основныхъ началъ уголовнаго права. Единственно, противъ чего нельзя спорить—это, что если преступленія, не облагаемыя по закону смертною казнью, совершены во время отбыванія пожизненнаго заключенія, то какъ срочныя, такъ и пожизненныя наказанія лишеніемъ свободы здѣсь вовсе непримѣнимы, а денежныя взысканія—въ большинствѣ случаевъ. Отсюда вытекаетъ необходимость въ особыхъ вспомогательныхъ наказаніяхъ, но эти послѣднія должны быть назначаемы обыкновенными судами. Наказанія эти могутъ заключаться лишь въ отягченіи отбываемаго наказанія (одиночное заключеніе въ темный карцеръ, помѣщеніе на хлѣбъ и на воду, жесткое ложе, заковываніе въ кандалы). Тѣмъ не менѣе и въ этихъ случаяхъ совокупности начало редукціи должно быть примѣняемо.

Исходя изъ изложенныхъ соображеній, авторъ проектируетъ слѣдующія процессуальныя постановленія:

1) Въ главѣ о порядкѣ постановленія судебныхъ приговоровъ.

§ 1.

Если нѣсколько учиненныхъ однимъ и тѣмъ же обвиняемымъ наказуемыхъ дѣяній составляютъ предметъ одновременнаго изслѣдованія въ одномъ и томъ же или различныхъ судахъ, то въ приговорѣ первоначально должна быть опредѣлена мѣра слѣдующаго по закону наказанія за каждое изъ этихъ наказуемыхъ дѣяній въ отдѣльности, а затѣмъ общій итогъ этихъ отдѣльныхъ наказаній,—если сложеніе таковыхъ представляется вообще возможнымъ, въ противномъ же случаѣ каждое изъ отдѣльныхъ наказаній,—надлежитъ понизить до такого размѣра, который съ одной стороны, не достигалъ бы полной суммы всѣхъ наказаній, а съ другой не былъ бы ниже тягчайшаго изъ отдѣльныхъ наказаній. Если нѣсколько преступленій были совершены посредствомъ одного и того же дѣянія, то обстоятельство это должно быть принято во вниманіе при

пониженіи наказанія въ указанныхъ предѣлахъ. Вопросъ о томъ, какое изъ установленныхъ въ законѣ отдѣльныхъ наказаній является тягчайшимъ, разрѣшается безотносительно къ роду наказанія, исключительно его размѣромъ, сообразуясь съ законною расцѣнкою наказаній по ихъ относительной стоимости. Опредѣленіе всѣхъ заслуженныхъ виновнымъ отдѣльныхъ наказаній должно быть дѣлаемо и тогда, если въ числѣ ихъ будутъ нѣсколько смертныхъ казней или пожизненныхъ лишеній свободы, или одно изъ этихъ наказаній наряду съ другими. (*)

Замѣна срочнаго лишенія свободы болѣе тяжкимъ его видомъ допустима только тогда, если этотъ видъ лишенія свободы и безъ того былъ назначенъ въ приговорѣ, въ качествѣ отдѣльнаго наказанія. Если стекаются денежныя взысканія и лишенія свободы, то каждый изъ этихъ видовъ наказанія подлежитъ пониженію въ отдѣльности.

Общая сумма пониженнаго наказанія не должна превышать: при наказаніяхъ лишеніемъ свободы—20 лѣтъ, а при денежномъ взысканіи—суммы въ 6000 флориновъ (10000 марокъ). При замѣнѣ заслуженныхъ виновнымъ денежныхъ штрафовъ, maximum замѣняющаго таковые лишенія свободы не долженъ превышать: 1 года Zuchthaus'а, 18 мѣсяцевъ простой тюрьмы или государственной (Gefängniss oder Staatsgefängniss), 3 мѣсяцевъ ареста.

Опредѣленныя въ законѣ дополнительныя наказанія и послѣдствія наказаній могутъ быть назначены и тогда, если они заслужены только за одно изъ наказуемыхъ дѣяній, но во всякомъ случаѣ съ соотвѣтственнымъ смягченіемъ ихъ по правиламъ, выше указаннымъ. Побочное наказаніе, заключающееся въ конфискаціи опредѣленныхъ предметовъ, отсюда изъемлется.

(*) Указаніе всѣхъ отдѣльныхъ наказаній въ изложеніи мотивовъ приговора необходимо по многимъ соображеніямъ. Во 1-хъ для того, чтобы высшая инстанція имѣла возможность провѣрить, не были ли нарушены судомъ предѣлы редукціи и не допущено ли въ этомъ отношеніи судомъ превышенія власти, а во 2-хъ, при стеченіи нѣсколькихъ смертныхъ казней, чтобы власть, которой принадлежитъ право помилованія, имѣла въ виду и замѣняющее наказаніе. Назначеніе въ одномъ приговорѣ нѣсколькихъ смертныхъ казней или наряду съ смертной казнью другихъ наказаній не заключаетъ въ себѣ внутренняго противорѣчія, ибо поглощеніе вытекаетъ здѣсь не изъ юридическихъ основаній, а исключительно изъ фактической несовмѣстимости наказаній и наступаетъ впервые въ періодъ исполненія приговора.

§ 2.

Постановленія предыдущаго параграфа должны равнымъ образомъ имѣть примѣненіе: 1) когда, уже послѣ объявленія судебнаго приговора по дѣлу объ одномъ или нѣсколькихъ наказуемыхъ дѣяніяхъ, обнаруживается, что виновнымъ до постановленія означеннаго приговора были сверхъ того учинены одно или нѣсколько другихъ наказуемыхъ дѣяній; 2) когда послѣ объявленія приговора, однако же до начатія приведенія его въ исполненіе, осужденнымъ будутъ учинены одно или нѣсколько наказуемыхъ дѣяній.

Если за одно такое, вновь обнаруженное или учиненное послѣ произнесенія обвинительнаго приговора, дѣяніе слѣдуетъ по закону смертная казнь или пожизненное заключеніе, то наказанія эти могутъ быть назначены виновному.

Наказаніе, въ случаѣ 1 можетъ не примѣняться вовсе, коль скоро при одновременномъ постановленіи приговора о всѣхъ дѣяніяхъ, оно не могло бы быть значительно тяжеле того, которое опредѣлено судомъ.

II. Въ главѣ объ исполненіи наказаній.

§ 3.

Если приговоренный къ пожизненному лишенію свободы совершитъ какое-либо наказуемое дѣяніе, не влекущее за собою смертной казни, то подлежащій судъ обязанъ присудить его къ одному или нѣсколькимъ (смотря по важности дѣянія) изъ слѣдующихъ наказаній:

1) одиночное заключеніе на трехлѣтній срокъ;

2) заключеніе въ темномъ карцерѣ, съ перерывомъ въ недѣлю, по истеченіи каждыхъ трехъ дней;

3) содержаніе на хлѣбѣ и на водѣ, не болѣе однако тридцатидневнаго срока, съ перерывомъ въ 5 дней по истеченіи каждыхъ трехъ дней;

4) жесткая постель на доскахъ, однако лишь три раза на недѣлѣ и не нѣсколько дней подъ рядъ;

5) заковываніе въ кандалы, съ перерывомъ, по истеченіи каждыхъ трехъ мѣсяцевъ, на тотъ же срокъ.

Ближайшія постановленія должны быть помѣщены въ законѣ, опредѣляющемъ порядокъ исполненія наказаній (Strafvollzugsgesetz).

Вмѣсто этихъ наказаній, въ случаѣ, если преступное дѣяніе облагается Zuchthaus'омъ, отбываемое пожизненное заключеніе въ

государственной тюрьмѣ можетъ быть замѣняемо, вполнѣ или въ части, Zuchthaus'омъ, съ соблюденіемъ однако правилъ, изложенныхъ въ § 1. Дѣянія, учиняемыя впродолженіе отбыванія срочнаго лишенія свободы, подчиняются общимъ правиламъ о наказуемости, съ соблюденіемъ однако во всякомъ случаѣ предписаній, преподанныхъ въ § 1.

§ 4.

Если лицо было присуждено къ нѣсколькимъ наказаніямъ различными приговорами, и при этомъ предписанія §§ 1—3 не были соблюдены по фактическимъ причинамъ, а не вслѣдствіе ошибочнаго примѣненія закона, то присужденныя наказанія должны подлежать смягченію на основаніи означенныхъ предписаній, въ порядкѣ постановленія дополнительнаго по сему предмету приговора. До постановленія этого приговора (который долженъ быть постановленъ 1-ой инстанціею безъ допущенія словеснаго состязанія сторонъ) прокуратурѣ и осужденному должна быть дана возможность принести и поддерживать на судѣ жалобу.

Если подлежащіе измѣненію приговоры (die abzuändernden Urtheile) были постановлены различными судебными установленіями, то дополнительный приговоръ долженъ быть постановленъ тѣмъ судомъ 1 инстанціи, которому было подсудно дѣло, рѣшенное послѣдне вступившимъ въ законную силу приговоромъ.

VII.

Habermaas, Die Ideale Konkurrenz der Delikte, изд. 1882 г.

О совокупности нѣсколькихъ наказуемыхъ дѣяній говорится въ томъ случаѣ, когда наказанію подлежать нѣсколько еще непогашенныхъ деликтовъ одного и того же лица. Условіями совокупности, опредѣленной въ этомъ смыслѣ, являются: 1) единство виновнаго. Преступныя дѣянія различныхъ виновниковъ никогда не обосновываютъ совокупности, хотя бы дѣянія эти были совершены одновременно и одновременно сдѣлались предметомъ уголовнаго сужденія. Concursus ad delictum, соучастіе нѣсколькихъ лицъ въ одномъ преступленіи должно быть рѣзко отдѣляемо отъ concursus delictorum; 2) наличность нѣсколькихъ деликтовъ, т. е. или нѣсколькихъ наказуемыхъ нарушеній одной и той же нормы, или нарушеніе различныхъ нормъ. Существеннымъ признакомъ

здѣсь является не стеченіе нѣсколькихъ преступныхъ дѣяній, а стеченіе нѣсколькихъ поврежденныхъ юридическихъ благъ, или многократное поврежденіе одного и того же юридическаго блага. Право можетъ быть повреждено наказуемымъ образомъ только тогда, если дѣйствіе посягаетъ на конкретное юридическое благо, поставленное подъ охрану уголовнаго закона. Гдѣ дѣйствіемъ повреждено только одно юридическое благо, тамъ существуетъ только одинъ деликтъ. Отсюда слѣдуетъ, что понятіе совокупности не приложимо къ тѣмъ случаямъ, гдѣ повреждено только одно юридическое благо, причемъ вопросъ о томъ, что должно быть разсматриваемо какъ одно юридическое благо, можетъ быть разрѣшенъ только съ точки зрѣнія положительнаго права. Противъ такого тѣснаго опредѣленія понятія совокупности приводятъ обыкновенно то возраженіе, что существо деликта опредѣляется не только свойствомъ поврежденнаго юридическаго блага, но также и характеромъ поврежденія (durch die Art der Verletzung). Подобное возраженіе упускаетъ изъ виду принципіальное различіе, существующее между деликтомъ и преступленіемъ. Подъ первымъ разумѣется простое нарушеніе нормы, подъ вторымъ—установленный положительнымъ правомъ законный составъ деликта. Для понятія деликта способъ его совершенія вовсе не имѣетъ существеннаго значенія; поврежденіе юридическаго блага остается однимъ и тѣмъ же, произошло ли оно такъ, или иначе. Съ другой стороны возможно, что одно и тоже поврежденіе юридическаго блага заключаетъ въ себѣ два или болѣе законныхъ состава преступленій, изъ коихъ ни одинъ, однако, не исчерпываетъ даннаго поврежденія вполнѣ. Такимъ образомъ одно правоповрежденіе можетъ обусловливать существованіе нѣсколькихъ преступленій, но не нѣсколькихъ деликтовъ (eine Mehrheit von Verbrechen, nicht aber eine Mehrheit von Delikten). Изъ понятія совокупности преступленій прежде всего должны быть выдѣлены слѣдующія категоріи: a) *Продолжаемое преступленіе.* Хотя при этомъ также существуютъ нѣсколько преступныхъ дѣяній, но эти послѣднія, въ силу ихъ однородности и близкаго соотношенія по времени, находятся между собою въ столь тѣсной взаимной связи, что здѣсь можно признать существованіе только одного деликта (предполагая, конечно, единство юридическаго блага, сдѣлавшагося предметомъ посягательства, и въ особенности единство преступнаго намѣренія, которое, однако, не должно быть смѣшиваемо съ единствомъ преступной рѣши-

мости). б) *Совокупность покушенія и совершенія въ одномъ и томъ же оконченномъ преступленіи*, такъ какъ здѣсь имѣется поврежденіе только одного юридическаго блага. Точно также не могутъ образовать совокупности выдѣляемыя закономъ особо приготовленія къ преступленію и благопріятствованіе ему съ этимъ преступленіемъ. в) *Совокупность сиеціализированнаго деликта и родоваго его понятія*, а именно тотъ случай, когда предусматриваемый закономъ составъ преступленія заключаетъ въ себѣ моменты состава другаго преступленія, признаки котораго выражены въ болѣе общей формѣ. Въ самомъ дѣлѣ уже одно то, что законодатель устанавливаетъ для спеціализированнаго случая особую карательную санкцію, ясно указываетъ на его нежеланіе допустить здѣсь примѣненіе общаго уголовнаго закона. Сюда относятся квалифицированные деликты. г) *Совпаденіе нѣсколькихъ основаній для квалификаціи въ одномъ и томъ же деликтѣ*, ибо въ подобномъ случаѣ могутъ оказаться нарушенными нѣсколько уголовныхъ законовъ (коль скоро составъ преступнаго поведенія лица не вполнѣ покрывается законнымъ составомъ одного уголовнаго закона), но здѣсь нѣтъ нарушенія нѣсколькихъ нормъ. Такое нарушеніе нѣсколькихъ уголовныхъ законовъ при нарушеніи одной только нормы не должно быть смѣшиваемо съ тѣмъ случаемъ, когда одинъ составъ преступленія подходитъ подъ дѣйствіе нѣсколькихъ уголовныхъ законовъ. Если въ подобномъ случаѣ сомнѣніе касательно подведенія дѣянія подъ тотъ или другой законъ является не разрѣшимымъ, то наказаніе должно быть назначаемо по правилу: in dubio mitius. Съ другой стороны этотъ случай нарушенія нѣсколькихъ уголовныхъ законовъ при наличности одного нарушенія нормы даетъ основаніе утверждать, что при кажущемся нарушеніи одного только уголовнаго закона нѣсколько нормъ могутъ оказаться нарушенными, нѣсколько юридическихъ благъ—поврежденными. Таковъ тотъ случай, когда рядъ совершенно самостоятельныхъ деликтовъ втиснутъ въ рамки одного законнаго состава преступленія (какъ напр. § 355 герм. улож.). Коль скоро здѣсь субъектъ нарушаетъ не одну только, а нѣсколько альтернативъ, то мы имѣемъ, безъ всякаго сомнѣнія совокупность нѣсколькихъ деликтовъ. д) *Совокупность нѣсколькихъ видовъ соучастія въ одномъ деликтѣ при одномъ и томъ же субъектѣ*, напр. столкновеніе подстрекательства и пособничества и т. п. Основаніе, почему столкновеніе нѣсколькихъ видовъ соучастія не должно быть разсматриваемо, какъ совокупность деликтовъ, состоитъ въ томъ, что въ подобномъ случаѣ оказывается повреж-

деннымъ одно только юридическое благо. Если напр. А и Б сообща убили В, то юридическое благо (человѣческая жизнь) является уничтоженнымъ только однажды; тоже имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если А подстрекнулъ Б къ совершенію дѣянія сообща. е) *Совокупность dolus и culpa при одномъ деликтѣ.* Если субъектъ желаетъ учинить преступленіе и выполненіе этого преступленія происходитъ при содѣйствіи чуждыхъ силъ, причемъ онъ хотя и не разсчитывалъ на такое содѣйствіе, но долженъ былъ его предвидѣть, то существуетъ только оконченный умышленный деликтъ, а не стеченіе покушенія съ неосторожнымъ совершеніемъ даннаго деликта, ибо одно и тоже юридическое благо повреждено только одинъ разъ. Отъ этого случая долженъ быть отличаемъ тотъ, когда dolus дѣятеля направляется на поврежденіе одного юридическаго блага, но при самомъ совершеніи повреждается, вслѣдствіе culpa, другое юридическое благо, т. е. когда однимъ и тѣмъ же дѣйствіемъ повреждается одно юридическое благо и учиняется покушеніе на поврежденіе другаго блага. Здѣсь мы, слѣдовательно, имѣемъ совокупность кульпознаго оконченнаго преступленія и долознаго покушенія. Равнымъ образомъ надлежитъ признать существованіе совокупности долознаго и кульпознаго деликтовъ, если дѣятель своимъ дѣяніемъ воспроизводитъ такое послѣдствіе, которое лежитъ далѣе предположенной имъ цѣли, результатомъ чего является поврежденіе дальнѣйшего юридическаго блага, и это лежащее далѣе намѣченной цѣли послѣдствіе вмѣнимо ему въ culpa. ж) *Составное преступленіе* (das zusammengesetzte Verbrechen), т. е. тотъ случай, когда положительное право образуетъ изъ совокупности нѣсколькихъ деликтовъ новое понятіе преступленія, какъ напр. понятіе грабежа,—изъ совокупности кражи съ насильственными дѣйствіями противъ личности.

III. Единство примѣненія наказанія (Einheit der Strafanwendung). Подъ этимъ не слѣдуетъ однако разумѣть единства и одновременности судебнаго приговора. Такое узкое опредѣленіе понятія единства примѣненія наказанія совершенно исчезло, со времени Iohn'a, изъ новѣйшей доктрины. Въ болѣе широкомъ смыслѣ, единство примѣненія наказанія заключаетъ въ себѣ слѣдующіе моменты: а) нѣсколько деликтовъ должны сдѣлаться предметомъ уголовнаго сужденія прежде, чѣмъ наказаніе за одинъ изъ нихъ было отбыто, погашено давностью или прощено. б) Нѣсколько деликтовъ должны быть совершены прежде, чѣмъ объ одномъ изъ

нихъ состоялся уголовный приговоръ; необходимость этого условія отвергается Köstlin'омъ и Geyer'омъ, а въ новѣйшее время Rosenblatt'омъ и Hälschner'омъ.

Обычныя подраздѣленія совокупности деликтовъ суть слѣдующія: 1) по отношенію къ нарушенному уголовному закону—на однородную и неоднородную совокупность, смотря потому, существуетъ ли многократное нарушеніе одного закона или нарушеніе различныхъ законовъ; 2) по отношенію къ противозаконному дѣйствію—на идеальную, или простую, и реальную, или составную совокупность, смотря по тому, произошли-ли нѣсколько нарушеній уголовнаго закона изъ одного и того же дѣянія или изъ нѣсколькихъ дѣяній. 3) При комбинированіи обѣихъ этихъ точекъ зрѣнія, получаются слѣдующіе виды совокупности деликтовъ: а) однородная идеальная совокупность, напр. убійство нѣсколькихъ человѣкъ однимъ выстрѣломъ; б) неоднородная идеальная совокупность, напр. убійство посредствомъ поджога; в) однородная реальная совокупность, т. наз. повторное совершеніе деликта (das wiederholte Delikt), которую надлежитъ отличать отъ продолжаемаго преступленія; напр. нѣсколько кражъ, причемъ учиненіе каждой изъ нихъ явилось результатомъ особой рѣшимости; 2) неоднородная реальная совокупность, напр. поджогъ и убійство безъ предумышленія (Todtschlag), причемъ оба преступленія учинены посредствомъ самостоятельныхъ дѣяній.

Дѣленіе совокупности на однородную и неоднородную издавна признавалось въ доктринѣ безспорнымъ, но въ настоящее время оно лишено всякаго практическаго значенія для уголовно-юридической оцѣнки: ни одно изъ новѣйшихъ законодательствъ не признаетъ болѣе за нимъ такого значенія. Въ доктринѣ же еще Sander приписывалъ ему вліяніе на наказуемость, именно доказывалъ необходимость примѣненія къ неоднородной совокупности преступленій начала сложенія, а къ однородной—начала поглощенія. Нелогичность и несправедливость этой теоріи бросается въ глаза, ибо, согласно ей, воръ который учинилъ 25 кражъ въ смыслѣ § 242 герм. улож., понесъ бы меньшее наказаніе, нежели тотъ, кто является виновнымъ въ одной кражѣ, одной утайкѣ и одномъ обманѣ.

Что касается дѣленія совокупности преступленій на идеальную и реальную, то оно представляется въ высшей степени спорнымъ, и въ послѣднее время противъ него рѣшительно высказались:

Hälschner, John, Binding и др. Аргументація названныхъ писателей въ сущности сводится къ слѣдующему: Всякій деликтъ есть дѣяніе. Поэтому, совокупность деликтовъ необходимо требуетъ совокупности дѣяній. Подобное совпаденіе многихъ дѣяній можетъ заключаться и въ одномъ, повидимому, дѣяніи, и это то мнимое, единство дѣянія и породило ученіе объ идеальной совокупности. Между тѣмъ дѣленіе совокупности на идеальную и реальную предполагаетъ, что изъ дѣянія, дѣйствительно единичнаго, могутъ произойти нѣсколько деликтовъ, и поэтому оно ложно. Существуетъ только реальная совокупность, въ томъ смыслѣ, что всегда существуютъ нѣсколько преступныхъ дѣяній, будутъ ли таковыя учинены одновременно или одно послѣ другаго. Несмотря на кажущуюся убѣдительность этой аргументаціи, основное ея положеніе, именно, что каждый деликтъ есть дѣяніе и что, слѣдовательно, число преступленій должно опредѣляться числомъ дѣяній, невѣрно. Ложность приведенной посылки заключается въ томъ, что названные писатели отождествляютъ понятіе дѣянія и то, что дѣяніемъ воспроизводится, слѣдовательно, его наказуемое послѣдствіе. Съ понятіемъ дѣянія надлежитъ соединять двоякое значеніе: въ широкомъ смыслѣ дѣяніе обозначаетъ происшествіе во всей его совокупности (die Gesammtheit des Geschehenen); дѣятельность виновнаго съ ея вмѣнимымъ ему въ вину послѣдствіемъ; но дѣяніе обозначаетъ также и часть этого цѣлаго, именно ту его часть, которая выражаетъ собою дѣятельное состояніе лица. Въ этомъ болѣе узкомъ смыслѣ дѣяніе противуполагается его послѣдствію. Для вопроса о томъ, могутъ ли быть учинены посредствомъ одного дѣйствія нѣсколько преступленій, можно избрать то и другое понятіе дѣянія; важно лишь постоянно не упускать изъ виду то положеніе, что подъ дѣяніемъ нельзя разумѣть одно только его послѣдствіе, въ противуположность дѣятельности лица, какъ это дѣлаютъ названные писатели. Если примѣнить эти соображенія къ типичному примѣру идеальной совокупности кровосмѣшенія съ прелюбодѣяніемъ, то, при самомъ точномъ расчлененіи составовъ отдѣльныхъ преступленій, мы должны признать здѣсь существованіе не мнимаго, а дѣйствительнаго единства дѣянія. А между тѣмъ здѣсь несомнѣнно являются поврежденными два юридическія блага, заключающіяся въ половомъ цѣломудріи и исключительности половой жизни между супругами, а слѣдовательно существуютъ два деликта.

Но если, такимъ образомъ, дѣленіе совокупности преступленій на однородную и неоднородную, реальную и идеальную, не возбуждаетъ никакихъ принципіальныхъ сомнѣній, то этимъ еще не предрѣшается вопросъ о возможности комбинировать оба эти дѣленія такимъ образомъ, чтобы могло быть проведено различіе между однородною и неоднородною реальною совокупностью съ одной стороны и однородною и неоднородною идеальною совокупностью—съ другой. По отношенію къ реальной совокупности оба эти вида, само собою разумѣется, вполнѣ допустимы, но, чтобы въ такъ называемой идеальной однородной совокупности можно было видѣть дѣйствителвную идеальную совокупность,—это вопросъ весьма спорный. Споръ этотъ разрѣшается весьма просто, если въ конкретномъ случаѣ будетъ обращено должное вниманіе на то: 1) имѣемъ ли мы дѣло съ дѣяніемъ, дѣйствительно единичнымъ, а не съ мнимымъ единствомъ дѣянія и 2) была ли извѣстная норма нарушена однимъ дѣяніемъ многократно, повреждено ли болѣе, чѣмъ одно только юридическое благо.

По отношенію къ 1 пункту слѣдуетъ замѣтить, что при оскорбленіи нѣсколькихъ, поименно названныхъ лицъ, хотя бы оскорбительныя слова были произнесены сразу (in demselben Athem) можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, существовать нѣсколько преступленій, какъ напр. если лицо говоритъ: А воръ, Б укрыватель, или когда субъектъ убиваетъ двумя, непосредственно слѣдующими одинъ за другимъ, выстрѣлами двухъ лицъ; поэтому здѣсь мы видимъ реальную совокупность.

По отношенію ко 2-му пункту, необходимо прежде всего выдѣлить рядъ тѣхъ уголовныхъ законовъ, которые принципіально не допускаютъ возможности многократнаго нарушенія содержащейся въ нихъ нормы однимъ и тѣмъ же дѣяніемъ, каковы напр. статьи кодекса, говорящія объ изнасилованіи, прелюбодѣяніи и т. п. Затѣмъ надлежитъ дѣлать различіе между деликтами, направленными противъ самой личности человѣка, и такими, которые посягаютъ на права человѣка и, слѣдовательно, не безусловно связаны съ его личностью, какъ напр. посягательства противъ имущества. Преступленія перваго рода могутъ быть совершаемы, посредствомъ одного и того же дѣйствія, столько разъ, сколько является потерпѣвшихъ лицъ, ибо ими всегда нарушается право опредѣленнаго лица. Что же касается преступленій второй категоріи, то здѣсь преступная воля можетъ быть направлена только

противъ даннаго блага, напр. противъ собственности, какъ таковой, а не противъ собственности опредѣленнаго лица. Отсюда слѣдуетъ, что однородная идеальная совокупность мыслима только по отношенію къ тѣмъ деликтамъ, которые направляются противъ самой личности человѣка, но и изъ этихъ послѣднихъ нѣкоторые принципіально не допускаютъ такой совокупности (напр. изнасилованіе). Различная наказуемость реальной и идеальной совокупности преступленій только тогда могла бы считаться обоснованною юридически, если бы было доказано, что первая отличается отъ второй какимъ либо существеннымъ, съ уголовной точки зрѣнія, признакомъ. Такимъ образомъ или субъективная вина, или же объективное правонарушеніе должны быть въ одномъ случаѣ болѣе значительны, чѣмъ въ другомъ. Что касается субъективной стороны, то нѣкоторыми утверждалось, что вина того, кто совершаетъ два преступленія посредствомъ двухъ самостоятельныхъ дѣяній, больше, нежели вина того, кто совершаетъ два преступленія однимъ дѣяніемъ. Вновь возникшая рѣшимость на преступленіе должна представлять большую интенсивность преступной воли, чѣмъ рѣшимость разомъ совершить нѣсколько преступленій. Авторъ беретъ два примѣра: А совершаетъ убійство Б, съ цѣлью его ограбленія. А убиваетъ Б изъ мести и похищаетъ деньги убитаго. Въ первомъ случаѣ по германскому уложенію будетъ идеальная совокупность убійства и грабежа, во второмъ реальная совокупность Въ первомъ случаѣ примѣняется принципъ поглощенія, во второмъ—принципъ сложенія наказаній. Между тѣмъ, говоритъ авторъ, если принять во вниманіе также и мотивы дѣянія (что необходимо для опредѣленія размѣра вины), то остается внѣ всякаго сомнѣнія, что вина въ первомъ случаѣ больше, тогда какъ здѣсь примѣнчется болѣе мягкое начало наказуемости. Столь же мало основаній можно привести и въ пользу противнаго мнѣнія, т. е. что при идеальной совокупности вина постоянно является большею, чѣмъ при реальной, ибо и здѣсь также все зависитъ отъ особенностей конкретнаго случая. Во многихъ случаяхъ вовсе не можетъ быть проведено различія въ степени виновности; напр. А умышленно убиваетъ Б и В однимъ выстрѣломъ, или двумя выстрѣлами, непосредственно слѣдующими одинъ за другимъ. Таким образомъ принципіальное различіе въ наказуемости реальной и идеальной совокупности преступленій не можетъ быть выведено изъ существованія различія въ мѣрѣ вины.

2) Что касается объективной стороны противузаконнаго дѣянія, то и здѣсь нельзя сказать, въ видѣ общаго правила, что въ случаѣ идеальной совокупности всегда существуетъ меньшее правонарушеніе, чѣмъ при реальной совокупности. Напр. въ вышеприведенныхъ случаяхъ убійства двухъ лицъ однимъ или двумя выстрѣлами, объективная сторона дѣянія одна и та же. Съ другой стороны можетъ случиться, что при идеальной совокупности объективное правонарушеніе будетъ гораздо больше, чѣмъ при реальной совокупности, а между тѣмъ, по уложенію, наказуемость неосторожнаго убійства ста человѣкъ посредствомъ одного дѣйствія или упущенія наказывается maximum'омъ до трехъ лѣтъ, а неосторожное убійство двухъ лицъ, посредствомъ двухъ различныхъ дѣяній или упущеній, можетъ быть наказано гораздо выше этого maximum'а. Если такимъ образомъ нельзя установить принципіальнаго различія между реальною и идеальною совокупностью ни по отношенію къ величинѣ правонарушенія, ни по отношенію къ величинѣ вины, то отсюда ясно вытекаетъ то положеніе, что не должно существовать и принципіальнаго различія въ наказуемости обоихъ этихъ видовъ совокупности. Намъ не остается, такимъ образомъ, ничего другаго, какъ наказывать совокупность преступленій вообще на основаніи одного и того же начала. Переходя затѣмъ къ анализу тѣхъ началъ, коими опредѣляется наказуемость совокупности преступленій, авторъ высказываетъ слѣдующія замѣчанія:

1) *Начало сложенія* (кумуляціи) является единственно послѣдовательнымъ проведеніемъ основнаго начала римскаго права: „nullum delictum sine poena". Начало это не допускаетъ замѣны болѣе легкаго вида наказанія болѣе тяжкимъ, исходя изъ той мысли, то всякое преступленіе можетъ быть облагаемо только тѣмъ наказаніемъ, которое за него положено въ законѣ. Отступленія отъ принципа сложенія наказаній допускаются только при невозможности сложенія заслуженныхъ виновнымъ наказаній.

Принципіальныя возраженія, приводившіяся противъ начала сложенія, всѣ опираются на совершенно ложное основаніе, что въ самой совокупности нѣсколькихъ преступленій заключается поводъ къ смягченію наказаній за отдѣльныя преступленія.

По мнѣнію автора, начало сложенія теоретически должно считаться непогрѣшимымъ, но въ тоже время нельзя не признать, что представители преобладающаго въ наукѣ воззрѣнія съ полнымъ

правомъ возстаютъ противъ этого начала по основаніямъ практическимъ, заключающимся въ существѣ нашей карательной системы, ибо ясно, что три сложенныхъ наказанія, отбытыя одно за другимъ, не являются только троекратнымъ отбытіемъ наказанія, а дѣйствуютъ гораздо интенсивнѣе. Въ частности, что касается наказаній лишеніемъ свободы, то нельзя не согласиться съ справедливостью того замѣчанія, что страданія, связанныя съ непрерывнымъ отбываніемъ лишенія свободы, возрастаютъ съ увеличеніемъ срока не въ ариѳметической, а въ геометрической прогрессіи. Нѣкоторые криминалисты (John, Merkel и др.) возражали по этому поводу, что преступникъ постепенно привыкаетъ къ лишенію свободы, но если, говоритъ авторъ, и допустить, что положеніе это можетъ оказаться справедливымъ по отношенію къ нѣкоторымъ индивидамъ, то отсюда еще далеко до возможности его обобщенія. Не надо забывать, что именно въ привычкѣ къ лишенію свободы, въ самомъ этомъ угасаніи чувствительности къ такому лишенію, могущемъ явиться лишь въ результатѣ долгаго заключенія, уже имѣется указаніе на тяжесть страданій, испытанныхъ преступникомъ. Затѣмъ очевидно, что приводить наказаніе лишеніемъ свободы въ исполненіе съ извѣстными промежутками значило бы, вмѣсто смягченія, еще болѣе усилить его тяжесть. Можно конечно сказать, что возвышеніе интенсивности наказанія, являющееся слѣдствіемъ непрерывнаго его отбыванія, будетъ при незначительныхъ наказаніяхъ едва замѣтнымъ, но это нисколько не уменьшаетъ вѣрности общаго положенія, правильность котораго, по отношенію къ болѣе продолжительнымъ наказаніямъ лишеніемъ свободы, очевидна; проведеніе же здѣсь какой либо грани представляется рѣшительно невозможнымъ.

2) *Начало поглощенія*. При послѣдовательномъ проведеніи этого принципа, т. е. когда приводится въ исполненіе одно лишь тягчайшее изъ наказаній, всѣ остальныя преступленія не должны быть вовсе принимаемы въ соображеніе; коль скоро же они служатъ основаніемъ къ усиленію наказанія, то мы имѣемъ дѣло не съ началомъ поглощенія, а съ началомъ усиленія наказанія. Начало это, уже по однимъ уголовно-политическимъ соображеніямъ, должно быть отвергнуто; принципіальная же его несостоятельность въ настоящее время въ теоріи не возбуждаетъ болѣе никакого сомнѣнія. Примѣненіе его могло бы быть оправдано только тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о стеченіи нѣсколькихъ нарушенныхъ уголовныхъ законовъ, а не о совокупности преступленій.

3) *Начало усиленія наказанія.* Начало это представляется въ сущности не болѣе, какъ видоизмѣненнымъ началомъ поглощенія, ибо и здѣсь присуждается только одно наказаніе,—слѣдующее за тягчайшее преступленіе; остальныя преступленія являются лишь основаніемъ, обязательнымъ или факультативнымъ, къ усиленію наказанія. Большое преимущество этого начала, сравнительно съ предыдущимъ, заключается въ томъ, что здѣсь принимаются въ разсчетъ, при исчисленіи наказанія, всѣ стекающіяся преступленія. Но начало, само по себѣ неправильное, не дѣлается правильнымъ вслѣдствіе того только, что, благодаря извѣстной модификаціи, устраняются нѣкоторыя его послѣдствія, не могущія быть оправданы, съ точки зрѣнія уголовной политики. На какомъ основаніи прочія преступленія, которыя, быть можетъ, не находятся ни въ какой связи съ наиболѣе тяжкимъ преступленіемъ, должны усиливать наказаніе послѣдняго? Положимъ, что А, причинившій тяжкое тѣлесное поврежденіе, чрезъ восемь дней послѣ того совершилъ маловажную кражу. Неужели въ совершеніи этой кражи слѣдуетъ видѣть обстоятельство, отягчающее его наказуемость за тѣлесное поврежденіе?

4) *Юридическое начало сложенія или начало редукціи.* Согласно этому началу, за каждое изъ стекающихся преступленій назначается соотвѣтственное наказаніе, но, по сложеніи наказаній, изъ ихъ суммы дѣлается такая скидка, чтобы получившееся въ результатѣ общее наказаніе равнялось, по интенсивности, общей величинѣ отдѣльныхъ наказаній, заслуженныхъ виновнымъ. Противъ этого принципа приводилось то возраженіе, что если наличность нѣсколькихъ преступленій не можетъ служить основаніемъ къ усиленію наказанія, то столь же мало она способна обусловливать его смягченіе. Но при этомъ упускаютъ изъ виду, что здѣсь рѣчь идетъ вовсе не о смягченіи наказанія, а о томъ, чтобы понизить суммарное наказаніе до того предѣла, гдѣ оно, по своей интенсивности, является равносильнымъ дѣйствію всѣхъ отдѣльныхъ наказаній. Противъ этого начала нельзя возражать ни съ точки зрѣнія строгой юридической послѣдовательности, ни съ точки зрѣнія уголовной политики. Главнымъ возраженіемъ противъ него остается указаніе на трудность его проведенія на практикѣ, именно на трудность рѣшить вопросъ, до какого пункта должно идти пониженіе суммарнаго наказанія, чтобы оно могло дѣйствовать съ тою же интенсивностью, какъ и отдѣльныя заслу-

женныя виновнымъ наказанія. Совершенно ошибочною, по мнѣнію автора, слѣдуетъ признать попытку разрѣшить эту задачу установленіемъ въ самомъ законѣ правила, по которому изъ суммарнаго наказанія должна отбрасываться всегда извѣстная часть, напр. $^1/_4$. Рѣшеніе этого вопроса должно быть всецѣло предоставлено судейскому усмотрѣнію. Судья долженъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ принимать въ соображеніе индивидуальныя свойства и условія преступника и, на основаніи этого, создать масштабъ для опредѣленія степени интенсивности того воздѣйствія, которое должно на него оказать болѣе или менѣе продолжительное лишеніе свободы и болѣе или менѣе значительныя денежныя взысканія. Логическія слѣдствія этого начала слѣдующія:

а) при невозможности совмѣстнаго исполненія наказаній (Jnkompatibilität der Strafen), въ приговорѣ хотя и должны быть опредѣляемы всѣ наказанія, слѣдующія виновному, но затѣмъ должно быть приведено въ исполненіе только одно (въ противоположность началу поглощенія, согласно которому *присуждается* только наказаніе).

б) при этомъ всегда должна имѣть мѣсто редукція, т. е. подлежащее отбытію общее наказаніе не должно достигать суммы отдѣльныхъ наказаній.

в) однородныя наказанія просто складываются и затѣмъ должны быть редуцированы, но не могутъ быть замѣняемы высшимъ родомъ наказанія; неоднородныя наказанія должны быть редуцированы каждое въ отдѣльности. Низшій родъ наказаній не можетъ быть замѣняемъ высшимъ, ибо въ этомъ заключалось бы усиленіе наказаній, а также потому, что за каждое преступленіе должно быть присуждаемо лишь то наказаніе, которое угрожаетъ за него по закону.

II.

Ortolan, Éléments de droit pénal, изд. 1875 г. стр. 535 и слѣд.

Въ случаѣ совершенія лицомъ нѣсколькихъ преступленій до осужденія его за какое-либо изъ нихъ, возникаетъ вопросъ, какому наказанію должно подвергнуть виновнаго, чтобы заставить его искупить всѣ эти преступленія. Будутъ ли при этомъ всѣ стекающіяся преступленія подлежать единовременному разсмотрѣнію

уголовнаго суда, въ одной и той же судебной инстанціи, или каждое отдѣльно, въ разныхъ инстанціяхъ, это обстоятельство не можетъ имѣть никакого значенія для вопроса о ихъ наказуемости, ибо логически невозможно придти къ выводу, что дѣятель, съ точки зрѣнія права, подлежитъ большему или меньшему наказанію въ зависимости отъ того, какое направленіе получило уголовное производство. Въ виду этого авторъ признаетъ неудачнымъ обозначенія случая совпаденія нѣсколькихъ преступленій въ одномъ лицѣ (cumul de délits, ou réitération) терминами: concours, concurrence, заимствованными изъ римскаго права и указывающими на извѣстнаго рода борьбу, соперничество, а слѣдовательно на необходимость сдѣлать выборъ между конкуррентами, тогда какъ въ случаѣ стеченія преступленій нѣтъ ничего подобнаго. Jl n'y a pas concours, il y a cumul de délit sur délit. Compris ou non compris dans une même instance, ces délits existent tous, l'agent est coupable de tous, il est punissable à raison de tous. Каковы бы ни были, по своей природѣ, стекающіяся преступленія, относятся ли они къ одному и тому же виду, какъ напр. нѣсколько кражъ, или только къ одному роду, какъ напр. кража и мошенничество, или наконецъ будутъ совершенно различнаго характера, какъ напр. стеченіе нарушенія закона объ охотѣ или преступленія печати и нанесенія ударовъ или ранъ,— общій вопросъ, подлежащій разрѣшенію, остается одинъ и тотъ же, а именно: во всѣхъ этихъ случаяхъ стекающіяся преступленія, какъ совершенныя прежде, чѣмъ какое либо изъ нихъ подверглось уголовной карѣ, должны подлежать наказанію всѣ вмѣстѣ. Съ точки зрѣнія нравственной оцѣнки характера дѣятеля, его порочныхъ склонностей и привычекъ, можно различать двоякаго рода стеченія: стеченіе одинаковыхъ преступленій и стеченіе различныхъ преступленій; слово повтореніе (reitération) вполнѣ соотвѣтствуетъ тому случаю, когда стекаются одинаковыя преступленія, и только въ переносномъ, болѣе общемъ, смыслѣ можетъ быть распространяемо и на случаи стеченія различныхъ преступленій. Совершены ли преступленія въ различное время и разныхъ мѣстахъ, представляются ли они болѣе или менѣе важными, или болѣе или менѣе легкими, это нисколько не измѣняетъ той общей проблемы, что виновный долженъ искупить наказаніемъ всѣ эти преступленія, причемъ безъ сомнѣнія большая или меньшая важность стекающихся преступленій можетъ вліять на мѣру наказанія или способъ его исчисленія (sur la quotité de la peine, peut-être même sur la manière de calculer

cette quotité). Впрочемъ тѣ изъ стекающихся преступленій, которыя успѣли покрыться давностью, или, по мѣсту ихъ совершенія, находятся внѣ сферы дѣйствія уголовныхъ законовъ данной страны, не могутъ идти въ счетъ преступленій, образующихъ совокупность, какъ не подлежащія, вообще или въ данномъ государствѣ, уголовной репрессіи.

Если дѣятелемъ совершено только одно дѣяніе, но послѣднее является нарушеніемъ нѣсколькихъ уголовныхъ законовъ, изъ которыхъ каждый угрожаетъ за него особымъ наказаніемъ, то, съ точки зрѣнія физическаго проявленія человѣческой дѣятельности, въ этомъ случаѣ существуетъ только одинъ оконченный матеріальный актъ, одно преступленіе; но съ точки зрѣнія нравственной оцѣнки этого акта, ихъ нѣсколько. Этотъ видъ стеченія именуется идеальнымъ или моральнымъ (cumul idéal ou moral de délits). Политическія преступленія, преступленія должностныя представляютъ часто примѣры такого стеченія, заключая въ себѣ одновременно и спеціальное преступленіе, и общее. Вопросъ о наказуемости этого рода стеченія не представляетъ никакихъ затрудненій для его разрѣшенія: такъ какъ здѣсь существуетъ одно только дѣяніе, то и наказаніе можетъ быть лишь одно; дѣйствіе характеризуется тѣмъ нарушеніемъ закона, которое представляется наиболѣе важнымъ, соотвѣтственно этому и наказаніе должно быть назначено за это важнѣйшее нарушеніе; остальныя, заключающіяся въ томъ же дѣйствіи, правонарушенія должны служить лишь поводомъ къ отягченію этого наказанія (de motif d'aggravation de cette peine) въ тѣхъ случаяхъ, когда того требуетъ нравственная оцѣнка дѣянія. Аналогично долженъ быть разрѣшенъ и вопросъ о наказуемости преступленій продолжаемыхъ (délits continus ou successifs), особенно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ продолжаемость преступленія обусловливается не физическимъ, матеріальнымъ единствомъ идентичнаго съ самимъ собою дѣйствія, непрерывно протекающаго во времени, а моральною связью, объединяющею въ одно преступленіе нѣсколько раздѣльныхъ актовъ, повторяемыхъ въ видахъ достиженія одной и той же цѣли. Хотя бы при этомъ каждый изъ актовъ, образующихъ продолжаемое преступленіе, самъ по себѣ былъ достаточенъ для состава преступленія, но единство умысла, рѣшимости и цѣли (l'unité de conception, de resolution et de but) связываетъ всѣ эти акты въ одно и то же преступленіе, которое должно влечь за собою одно наказаніе, могущее впрочемъ подлежать отяг-

ченію, сообразуясь съ числомъ отдѣльныхъ дѣйствій, составляющихъ продолжаемое преступленіе. Преступленіе продолжаемое не должно смѣшивать съ повтореніемъ или стеченіемъ преступленій, хотя на дѣлѣ нерѣдко крайне трудно провести различіе между тѣмъ и другимъ. Дѣйствительное стеченіе преступленій существуетъ только тогда, когда лицомъ совершены нѣсколько дѣйствій, изъ коихъ каждое въ отдѣльности составляетъ преступленіе; этотъ случай стеченія называется юристами реальнымъ или формальнымъ, матеріальнымъ, въ противоположность стеченію идеальному или моральному. Только въ первомъ случаѣ существуетъ совпаденіе нѣсколькихъ наказуемыхъ дѣяній въ лицѣ одного и того же дѣятеля. Съ точки зрѣнія доктрины, мѣра этого наказанія всегда должна опредѣляться на основаніи однихъ и тѣхъ же началъ, а именно; стекающіяся преступленія должны быть облагаемы наказаніемъ въ такомъ объемѣ, чтобы оно согласовалось съ требованіями справедливости и необходимости. Jamais plus qu'il n'ést juste et jamais plus qu'il n'est nécessaire! Въ этомъ отношеніи существуютъ двѣ радикальныя и совершенно противоположныя системы; одна состоитъ въ томъ, чтобы подвергать виновнаго суммарному наказанію, получающемуся отъ сложенія наказаній за всѣ совершенныя имъ преступленія, что выражается формулою: Le cumul des délits emporte cumul des peines. Согласно второй системѣ, виновный подлежитъ лишь наказанію за то изъ совершенныхъ имъ преступленій, которое облагается наиболѣе тяжкимъ наказаніемъ, по правилу: La plus forte peine absorbe toutes les autres. Не трудно однако доказать, что ни та, ни другая изъ этихъ системъ не согласуются съ основными принципами соціальной карательной функціи; первая грѣшитъ излишнею строгостью карательныхъ мѣръ, вторая, напротивъ, ихъ недостаточностью.

Въ самомъ дѣлѣ, сложеніе наказаній по поводу стеченія преступленій представляется несправедливымъ, такъ какъ на самомъ обществѣ лежитъ доля вины въ томъ, что такое стеченіе произошло; своимъ пассивнымъ отношеніемъ, или медлительностью, оно само расчистило виновному путь къ преступленію. Съ другой стороны сложеніе наказаній не представляется необходимымъ ни въ видахъ общественной безопасности, ни для сохраненія за наказаніемъ его устрашающаго вліянія. Итогъ отъ сложенія наказаній могъ бы иногда возрости до такой цифры, что наказаніе утратило бы всякій серьезный практическій смыслъ. Тоже должно сказать и о системѣ

поглощенія наказаній. Начало это не отвѣчаетъ требованіямъ справедливости, такъ какъ виновникъ нѣсколькихъ стекающихся преступленій наказывается здѣсь такъ же, какъ и въ томъ случаѣ, если бы онъ совершилъ одно лишь тягчайшее изъ стекающихся преступленій, причемъ остальныя вовсе не идутъ въ счетъ при опредѣленіи ему мѣры наказанія. Во 2-хъ, оно не согласуется съ условіями общественной безопасности, такъ какъ, совершивъ одно преступленіе, преступникъ имѣетъ, такъ сказать, carte blanche относительно мѣры наказанія и можетъ безнаказанно совершить столько преступленій одинаковой или меньшей важности, сколько ему заблагоразсудится; общество является лишеннымъ всякой уголовной защиты противъ этихъ дальнѣйшихъ преступленій; первое преступленіе является такимъ образомъ какъ бы индульгенціей на безнаказанность всѣхъ прочихъ преступленій. Основная идея такой системы, радикально расходящейся съ принципами справедливости и полезности наказанія, возникла благодаря тому, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ поступить иначе совершенно невозможно, и тягчайшее наказаніе силою вещей поглощаетъ всѣ прочія. Въ частности это относится къ смертной казни и до нѣкоторой степени къ наказанію лишеніемъ свободы, на его высшей ступени, т. е. когда оно является безсрочнымъ. Впрочемъ, что касается наказаній лишеніемъ свободы, то здѣсь хорошо координированная система карательныхъ мѣръ можетъ еще, при искусномъ комбинированіи отягченій наказанія, помочь дѣлу, такъ что, собственно говоря, поглощеніе становится фактически неизбѣжнымъ только при стеченіи смертной казни съ другими наказаніями. Но изъ того, что это послѣднее положеніе является неизбѣжнымъ и что общество лишено возможности, разъ оно достигло до nec plus ultra тѣлесныхъ наказаній, восходить далѣе этого предѣла и еще болѣе обезопасить себя, было бы странно дѣлать выводъ, что съ неудобствами такой системы слѣдуетъ мириться и въ тѣхъ случаяхъ, когда этого легко можно избѣжать, и на этомъ основаніи дѣлать общимъ правиломъ то, чему можно подчиниться, только въ силу фатальной необходимости. Истинно научное разрѣшеніе вопроса должно заключаться въ такой комбинаціи наиболѣе тяжкаго наказанія, чтобы оно было равнодѣйствующею (résultante générale) для всѣхъ совершенныхъ и совмѣстно подлежащихъ наказанію преступленій. Необходимо, чтобы законодатель отыскалъ и формулировалъ такую систему исчисленія наказаній, по основаніи которой судья могъ бы

опредѣлить эту равнодѣйствующую, это отягченное наказаніе, не прибѣгая къ сложенію наказаній, на въ тоже время принимая въ разсчетъ всѣ преступленія, за которыя должно быть опредѣлено наказаніе. Не входя въ подробное обсужденіе возможныхъ въ этомъ отношеніи правилъ, достаточно замѣтить, что, по мѣрѣ того, какъ уголовное законодательство въ своемъ поступательномъ движеніи будетъ слѣдовать по пути, указываемому доктриною, т. е. будетъ стремиться къ единству главнаго наказанія, которое бы могло измѣняться въ различной степени и чрезъ присоединеніе къ нему нѣкоторыхъ побочныхъ наказаній, всѣ осложненія мало по малу исчезнутъ и созданіе комбинаціи, о которой идетъ рѣчь, сдѣлается все болѣе и болѣе выполнимымъ.

ПОВТОРЕНІЕ ПРЕСТУПЛЕНІЙ.

(ст. 53 проекта редакціонной коммисіи)

I.

Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, изд. 1862 г., стр. 91 и слѣд.

Авторъ даетъ слѣдующее общее опредѣленіе рецидива: „повтореніе есть учиненіе новаго преступленія со стороны того, кто уже привлекался къ отвѣтственности (zur Rechenschaft gezogen worden ist) за ранѣе совершенное имъ преступленіе". Древнѣйшее право стремилось къ возможно большему ограниченію понятія повторенія; послѣднее считалось основаніемъ къ усиленію наказанія лишь при извѣстныхъ преступленіяхъ, т. е. тогда только, когда лицо, уже наказанное за извѣстное преступленіе, снова является виновнымъ въ томъ же самомъ преступленіи. Позднѣйшее право, наоборотъ, стремилось къ возможному расширенію понятія повторенія, признавая его усиливающимъ наказаніе обстоятельствомъ, по отношенію ко всѣмъ преступленіямъ, и притомъ не только тогда, когда новое преступленіе идентично съ ранѣе учиненнымъ, или по крайней мѣрѣ относится къ тому же роду или виду (derselben Art oder Gattung angehört), но и тогда даже, если оно представляется совершенно различнымъ; повтореніе признается здѣсь даже въ томъ случаѣ, если наказаніе за прежнее преступленіе вовсе не приводилось въ исполненіе, въ виду погашенія его давностью или прощенія преступника.

Въ современномъ правѣ мы видимъ то болѣе узкое, то болѣе широкое опредѣленіе понятія *повтореніе* въ зависимости отъ различія въ воззрѣніяхъ на легислативное основаніе его наказуемости. Согласно первому изъ этихъ воззрѣній, явившемуся продуктомъ психологической теоріи принужденія, учиненіе перваго преступленія служитъ доказательствомъ того, что угрожающее за это преступленіе наказаніе не было способно побѣдить преступной склонности индивида, т. е. отвратить его отъ совершенія даннаго наказуемаго дѣянія; отсюда дѣлался тотъ выводъ, что вторичное учиненіе того же преступленія (повтореніе) должно быть облагаемо наказаніемъ настолько усиленнымъ, чтобы послѣднее было способно отвратить преступника отъ новаго совершенія того же преступленія въ будущемъ. Сообразно такому взгляду на повтореніе, понятіе послѣдняго ограничивается тѣмъ случаемъ, когда позднѣйшее преступленіе идентично съ ранѣе совершеннымъ; въ виду же того, что лишь приведеніе прежняго наказанія въ исполненіе можетъ служить достаточнымъ доказательствомъ его недѣйствительности для наказаннаго, ставится еще условіемъ, чтобы прежнее наказаніе было отбыто и притомъ вполнѣ, такъ что повтореніе исключается не только тогда, когда предъидущее наказаніе, по вступленіи приговора въ законную силу, было примѣнено лишь въ одной его части или же вовсе не примѣнялось, но и тогда также, когда оно было отмѣнено помилованіемъ или погашено давностью. Согласно господствующему воззрѣнію, вытекающему изъ теоріи предупрежденія, повтореніе служитъ доказательствомъ развитія въ индивидѣ особой преступной склонности, влеченія къ преступленію, уже успѣвшаго обратиться въ настоящую привычку; необходимость устранить опасность, представляемую подобною склонностью, путемъ своевременнаго подавленія постоянно повторяющихся проявленій этой склонности (новыхъ рецидивовъ), должна побуждать государство къ принятію особо строгихъ мѣръ по отношенію къ рецидиву съ самаго начала (т. е. при первомъ рецидивѣ), что можетъ быть достигнуто дѣйствительнымъ усиленіемъ наказанія. Дальнѣйшіе выводы изъ этого воззрѣнія: 1) понятіе повторенія не ограничивается случаемъ идентичности позднѣйшаго и прежняго преступленій, а достаточно если оба дѣянія представляются однородными. Подъ условіемъ такой однородности преступныхъ дѣяній, повтореніе является, по отношенію ко всѣмъ преступленіямъ, основаніемъ для усиленія нормальнаго наказанія.

наказаніе, какъ за повтореніе, никогда однако не должно имѣть мѣста по отношенію къ тѣмъ преступленіямъ, которыя, по самой природѣ ихъ, вовсе не способны обратиться въ привычку; равнымъ образомъ наказаніе за повтореніе не должно быть примѣняемо къ тѣмъ случаямъ, гдѣ доказано, что изъ факта совершенія нѣсколькихъ преступленій не можетъ быть выведено существованіе преступной привычки. При этомъ однородными почитаются вообще всѣ тѣ преступленія, которыя, въ виду существующаго между ними родства и ихъ гомогенности, указываютъ на наличность однихъ и тѣхъ же мотивовъ при ихъ совершеніи и тѣмъ самымъ служатъ доказательствомъ образовавшагося въ преступникѣ, въ извѣстномъ направленіи, влеченія или особой склонности.

Однородными должны быть поэтому почитаемы всѣ тѣ преступленія, которыя вытекли изъ однородныхъ побудительныхъ причинъ, а слѣдовательно въ частности: 1) всѣ преступленія, въ основѣ которыхъ, по самому понятію ихъ, лежитъ корысть; 2) всѣ преступленія, имѣющія цѣлью удовлетвореніе половаго влеченія. Что же касается того случая, когда первое и послѣдующее преступленія представляются неоднородными (въ качествѣ таковыхъ должны быть разсматриваемы и долозныя преступленія въ связи съ кульпозными), то, согласно обоимъ вышеприведеннымъ воззрѣніямъ, рецидивъ является здѣсь не обстоятельствомъ, усиливающимъ наказаніе, а только обстоятельствомъ, возвышающимъ наказуемость въ предѣлахъ предоставленнаго закономъ судьѣ простора въ выборѣ наказанія (nicht als eigentlicher Strafschärfungsgrund, sondern blos als Straferhöhungsgrund); значеніе этого обстоятельства, какъ возвышающаго наказуемость, увеличивается или падаетъ въ соотвѣтствіи съ большимъ или меньшимъ различіемъ въ характерѣ преступныхъ дѣяній, т. е. смотря по тому, приближаются ли они къ однороднымъ преступленіямъ, или нѣтъ. Обыкновенно на этомъ основываютъ различіе между рецидивомъ въ собственномъ и не собственномъ, узкомъ и широкомъ смыслѣ, или между рецидивомъ особеннымъ и общимъ. Приэтомъ, если со времени совершенія перваго преступленія или постановленія о немъ приговора, опредѣленіе или законный составъ этого преступленія измѣнились вслѣдствіе изданія новаго закона, то судья, постановляющій приговоръ о второмъ преступленіи и, слѣдовательно, разрѣшающій вопросъ о наличности въ данномъ случаѣ рецидива, можетъ признать существованіе дѣйствительнаго рецидива тогда только, если однородность

или тождественность перваго и втораго преступленій существуетъ на основаніи дѣйствующаго закона. 2) Другой выводъ тотъ, что для обоснованія рецидива не требуется вовсе совершеннаго отбытія наказанія, присужденнаго за прежнее преступленіе, а достаточно одного присужденія къ этому наказанію по окончательному судебному приговору. Впрочемъ весьма часто также къ этому присоединяется требованіе, чтобы если не полное, то по крайней мѣрѣ частичное отбытіе прежняго наказанія уже имѣло мѣсто (кодексы: Ганнов. art. III, Брауншв. § 58, Гессен.-Дармшт. art. 95, Тюринг. art. 46, Сакс. art. 82). Само собою разумѣется, что вездѣ, гдѣ считается необходимымъ такое частичное отбытіе наказанія, понятіе рецидива исключается, согласно первому воззрѣнію, совершеннымъ помилованіемъ, или давностнымъ погашеніемъ присужденнаго наказанія, и только давностью, а не помилованіемъ согласно второму воззрѣнію. 3) Третій выводъ: повтореніе исключается какъ черезъ погашеніе присужденнаго наказанія давностью, такъ и вслѣдствіе протеченія болѣе или менѣе продолжительнаго промежутка времени, (хотя и не совпадающаго съ давностнымъ срокомъ) по дѣйствительномъ отбытіи наказанія или помилованіи осужденнаго за данное преступленіе, ибо здѣсь, также какъ и при настоящей давности наказанія, протеченіе извѣстнаго срока устраняетъ презумпцію особой преступной склонности или дѣйствительной преступной привычки. Третье воззрѣніе (раздѣляемое авторомъ) видитъ въ повтореніи вообще доказательство существованія особенной субъективной опасности преступника, но эта опасность, если сравнивать ее съ опасностью, представляемою субъектомъ, пользующимся дурною славою (что можетъ служить лишь поводомъ къ возвышенію наказанія въ предѣлахъ судейской власти), не есть какая либо специфическая, а только различается отъ послѣдней въ степени, а потому и повтореніе, само по себѣ, не составляетъ основанія къ усиленію наказанія, а можетъ только служить основаніемъ къ возвышенію его наказуемости въ рамкахъ судейской власти. Согласно сему, понятіе повторенія не должно быть ограничиваемо ни случаями учиненія одинаковыхъ, ни случаями учиненія однородныхъ преступленій, а можетъ равнымъ образомъ имѣть мѣсто при учиненіи неоднородныхъ преступленій, съ тою лишь разницей, что значеніе повторенія, какъ повода къ возвышенію наказанія, является наибольшимъ при одинаковыхъ преступленіяхъ, и наименьшимъ при неоднородныхъ; равнымъ образомъ, согласно этому

воззрѣнію, не требуется ни полнаго, ни частичнаго отбытія прежняго наказанія, а достаточно вообще одного только присужденія къ таковому; но именно въ виду этого, не только помилованіе, но въ одинаковой мѣрѣ и всякое погашеніе давностью не имѣютъ никакого значенія для рецидива (хотя конечно не въ томъ смыслѣ, чтобы упомянутые моменты, а особенно протеченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени отъ учиненія прежняго преступленія, не могли имѣть вліянія даже и на опредѣленіе высшей или низшей мѣры наказанія за повтореніе). Изъ новыхъ законодательствъ это третье воззрѣніе раздѣляется австрійскимъ кодексомъ (§ 44, 263).

Останавливаясь на вопросѣ о томъ, какъ далеко должны быть расширяемы границы судейскаго усмотрѣнія при опредѣленіи наказанія за повтореніе, (предполагая что повтореніе вообще можетъ быть признаваемо поводомъ къ усиленію наказанія), авторъ разрѣшаетъ его слѣдующимъ образомъ. Наказаніе возвышается тѣмъ болѣе, чѣмъ чаще повторяется рецидивъ, чѣмъ короче промежутокъ времени, протекшій между вошедшимъ въ законную силу приговоромъ и вновь учиненнымъ преступленіемъ, а также (даже согласно тому воззрѣнію, которое отнюдь не требуетъ, въ качествѣ элемента понятія повторенія, дѣйствительнаго исполненія наказанія), чѣмъ полнѣе было отбыто ранѣе назначенное наказаніе (je vollständiger die früher verhängte Strafe exequirt worden ist). Нѣкоторыя изъ новѣйшихъ законодательствъ содержатъ болѣе точныя постановленія относительно права судьи на усиленіе наказанія, причемъ одни допускаютъ переходъ къ высшему роду наказанія, а другія нѣтъ (переходъ къ смертной казни безусловно не допускается ни однимъ законодательствомъ). Вообще же это право усиленія наказанія тѣмъ шире, чѣмъ уже самое понятіе рецидива, и, обратно, тѣмъ уже, чѣмъ шире это понятіе. Поэтому наибольшая строгость наказанія за рецидивъ встрѣчается въ тѣхъ изъ кодексовъ, которые примыкаютъ къ первому изъ упомянутыхъ воззрѣній. Несравненно мягче относятся къ рецидиву тѣ законодательства, которыя исходятъ изъ втораго воззрѣнія. Старые кодексы помимо повторенія знали и другія усиливающія наказаніе обстоятельства, признаваемыя нынѣ лишь обстоятельствами, возвышающими наказуемость въ предѣлахъ предоставленной судьѣ власти при выборѣ наказанія. Новѣйшія законодательства не признаютъ, за исключеніемъ рецидива, никакихъ другихъ обстоятельствъ, могущихъ служить основаніемъ къ усиленію наказанія выше предѣла установленной закономъ мѣры.

II.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, изд. 1881 г. стр. 549 и слѣд.

Основаніе возвышенія наказуемости преступленія въ случаѣ его повторенія заключается въ болѣе высокой мѣрѣ виновности дѣятеля, въ томъ, что понесенное преступникомъ наказаніе не только не послужило къ его нравственному возрожденію, но напротивъ того преступное настроеніе воли, изъ котораго вытекло дѣяніе, въ немъ усилилось, вслѣдствіе чего онъ сдѣлался болѣе опаснымъ преступникомъ. Безъ сомнѣнія, рецидивъ не во всѣхъ случаяхъ способенъ служить достаточнымъ доказательствомъ твердо укоренившейся преступной склонности, привычки, и потому судьѣ должно быть предоставлено опредѣленіе того, обусловливаетъ ли въ данномъ случаѣ рецидивъ примѣненіе болѣе строгаго наказанія. Но вопросъ о томъ, должно ли уравнять рецидивъ съ другими основаніями возвышенія наказанія и считать его только обстоятельствомъ, возвышающимъ наказуемость въ предѣлахъ нормальнаго наказанія (Strafzumessungsgrund), или же, въ отличіе отъ этихъ отягчающихъ обстоятельствъ, видѣть въ немъ основаніе къ усиленію наказанія выше предѣловъ предоставленнаго закономъ судьѣ права въ выборѣ наказанія (Strafschärfungsgrund) можетъ быть рѣшаемъ только на основаніи указаній опыта. Если же послѣдній учитъ, что ни одинъ моментъ виновности (Schuldmoment) не свидѣтельствуетъ въ такой степени, какъ обращающееся въ привычку повтореніе преступленія, объ усиливающемся во всѣхъ направленіяхъ нравственномъ одичаніи преступника, что число рецидивистовъ въ значительной степени превосходитъ число т. наз. случайныхъ преступниковъ (Gelegenheits-Verbrecher), то это говоритъ въ пользу того, чтобы разсматривать рецидивъ, какъ общее основаніе къ усиленію наказанія. Если однако законодатель признаетъ максимумъ нормальнаго наказанія достаточною карою за повтореніе, то онъ поступаетъ вполнѣ непослѣдовательно, считая его лишь въ отдѣльныхъ случаяхъ основаніемъ къ усиленію наказанія, когда опытъ указываетъ, что рецидивъ и преступная привычка встрѣчаются нерѣдко и при другихъ преступленіяхъ. Германское уложеніе предписываетъ усиленіе наказанія (eine Strafschärfung) за повтореніе только при кражѣ, укрывательствѣ, мошенничествѣ и грабежѣ, чѣмъ, само собою разумѣется, не исключается возможность считать рецидивъ при всѣхъ

другихъ наказуемыхъ дѣяніяхъ обстоятельствомъ, возвышающимъ мѣру наказанія въ предѣлахъ судебной власти (als Strafzumessungsgrund). Опредѣленіе наказанія за повтореніе предполагаетъ: 1) предшествовавшее присужденіе къ уголовному наказанію и отбытіе таковаго (къ отбытію наказанія приравнивается и частичное его отбытіе, равно какъ полное или частичное освобожденіе отъ наказанія). 2) Прежній приговоръ долженъ состояться въ предѣлахъ германской имперіи. Прусское уложеніе, исходя изъ того соображенія, что только состоявшійся въ предѣлахъ Пруссіи судебный приговоръ можетъ служить къ установленію факта ранѣе совершеннаго преступленія, поставило примѣненіе наказанія за повтореніе въ зависимость отъ предшествовавшаго осужденія въ отечествѣ. Примѣру его послѣдовало германское уложеніе, но какъ послѣднее требуетъ не только присужденія къ наказанію, но и отбытія таковаго, то и наказуемость за повтореніе ставится здѣсь въ зависимость отъ понесенія виновнымъ наказанія въ предѣлахъ германской территоріи. Далѣе, ratio legis приводитъ къ выводу, что одно исполненіе присужденнаго наказанія на отечественной территоріи является само по себѣ недостаточнымъ, если самый приговоръ состоялся заграницей и что, наоборотъ, осужденіе на территоріи достаточно для примѣненія наказанія за повтореніе, хотя бы наказаніе подлежало отбытію за границею. 3) Прежнее наказаніе должно быть присуждено за одинаковое или однородное преступленіе. Дурная, порочная привычка обыкновенно проявляется только въ опредѣленномъ, ограниченномъ направленіи и потому многократное совершеніе лишь одинаковыхъ или однородныхъ преступленій даетъ основаніе заключить съ увѣренностію о существованіи дѣйствительной преступной привычки. Въ этомъ заключается причина того, что законодательство и доктрина издавна придавали въ вопросѣ о рецидивѣ главное значеніе одинаковости или однородности учиненныхъ преступленій. Но привычка является основаніемъ возвышенной наказуемости только потому, что ею обнаруживается присутствіе усиленной, упрочившейся въ характерѣ индивида воспріимчивости къ опредѣленному мотиву; засимъ, различныя преступленія могутъ проистекать изъ одного и того же мотива и, обратно, одно и тоже преступленіе можетъ быть совершаемо изъ различныхъ побужденій. Такимъ образомъ болѣе высокая степень виновности, выражающаяся въ рецидивѣ, не имѣетъ своимъ непремѣннымъ предположеніемъ учиненіе одина-

ковыхъ или однородныхъ преступленій. По германскому уложенію примѣненіе наказанія за повтореніе предполагаетъ: при кражѣ—предшествовавшее осужденіе за кражу, грабежъ, вымогательство съ насиліемъ; при грабежѣ, вооруженной кражѣ и насильственномъ вымогательствѣ—прежнюю судимость за одно изъ этихъ преступленій; при укрывательствѣ же, равно какъ и при мошенничествѣ прежнее осужденіе за тотъ же проступокъ. При этомъ дѣлается то различіе, что наказуемость за повтореніе при кражѣ, укрывательствѣ и мошенничествѣ предполагаетъ предшествовавшее двукратное, а при грабежѣ и вымогательствѣ только однократное наказаніе виновнаго. 4) Если подлежащее наказанію дѣяніе и ранѣе учиненное отдѣлены одно отъ другаго значительнымъ промежуткомъ времени, то между ними не должна быть устанавливаема связь посредствомъ предположенія объ образовавшейся преступной привычкѣ. Согласно сему, законъ постановляетъ, что наказаніе за повтореніе не должно примѣняться, если со времени отбытія или прощенія послѣдняго наказанія до совершенія новаго преступленія протекло 10 лѣтъ. Было бы послѣдовательно, замѣчаетъ авторъ, не допускать примѣненія наказанія за повтореніе и въ тѣхъ также случаяхъ, въ которыхъ для этого требуется двукратное предшествовавшее наказаніе виновнаго, если между первымъ и вторымъ изъ этихъ предшествующихъ наказаній, прошло 10 лѣтъ. Тѣмъ не менѣе уложеніе не только допускаетъ примѣненіе при указанныхъ условіяхъ наказанія за повтореніе, но прямо этого требуетъ. Для примѣненія наказанія за повтореніе не требуется, чтобы и въ данномъ случаѣ, и раньше подсудимый обвинялся въ качествѣ виновника; оно примѣнимо и тогда, если въ данномъ случаѣ или раньше или же въ обоихъ случаяхъ, дѣяніе является соучастіемъ въ этихъ преступленіяхъ или покушеніемъ на таковыя.

III.

Merkel, Vom Rückfalle (im Holtzend. Handb. стр. 559 и слѣд.)

Повтореніе обыкновенно опредѣляется, какъ совершеніе преступленія со стороны того, кто уже привлекался къ уголовной отвѣтственности (въ качествѣ виновника, участника или подстрекателя) за одинаковое, или только однородное (родственное) или наконецъ всякое иное (оконченное или оставшееся на степени

покушенія) преступленіе. Что касается привлеченія къ уголовной отвѣтственности, то здѣсь разумѣется частію совершенное отбытіе виновнымъ наказанія, отчасти же только присужденіе къ таковому по приговору, вступившему въ законную силу.

Германское уложеніе, упоминающее о повтореніи только при отдѣльныхъ видахъ преступленій (§ 244, 45, 50, 61, 64), ставятъ условіями повторенія: 1) отбытіе (по крайней мѣрѣ частичное) или прощеніе ранѣе присужденнаго (въ предѣлахъ отечества) наказанія, и 2) вторичное совершеніе одинаковаго и однороднаго (244) преступленія. При кражѣ и обманѣ уложеніе отмѣчаетъ только второе повтореніе. Законъ предписываетъ усиленіе наказанія за повтореніе частію безусловно, частію же ставитъ его въ зависимость отъ усмотрѣнія суда. Усиленіе наказанія за повтореніе въ большинствѣ законодательствъ (такъ и въ германскомъ уложеніи) подлежитъ дѣйствію особой давности. Мотивъ, почему въ повтореніи видятъ основаніе къ усиленію нормальнаго наказанія, заключается въ особой закоренѣлости, особомъ упорствѣ преступника, о которыхъ, будто-бы, свидѣтельствуетъ безуспѣшность прежняго наказанія или присужденія къ наказанію. Не трудно однако замѣтить, что выводимое изъ безуспѣшности наказанія заключеніе является, въ его безусловной формѣ, ошибочнымъ. особенно если принять въ соображеніе тѣ ничтожные результаты, которые до настоящаго времени были достигнуты усиліями карательной юстиціи, направленными къ исправленію преступниковъ. Во всякомъ случаѣ, замѣчаетъ авторъ, обязательное предписаніе со стороны закона объ усиленіи наказанія за повтореніе не должно имѣть мѣста. Но можно предложить и такой вопросъ: не слѣдуетъ ли признать, что даже тамъ, гдѣ дѣйствительно существуетъ особая закоренѣлость въ преступникѣ, нѣтъ основанія переходить къ болѣе тяжкому наказанію. Рѣчь идетъ здѣсь о свойствѣ дѣятеля, не дѣянія. Но за личныя качества не наказываютъ, ибо они не суть ни преступленія, ни отягчающія эти преступленія обстоятельства. Они могутъ лишь служить поводомъ къ принятію мѣръ предупредительнаго и воспитательнаго характера. Nur insoweit, als es sich darum handelt die verwirkte Strafe den Zwecken der Prävention und Besserung entsprechend zu gestalten, kann (und soll) daher auch der durch den Rückfall beglaubigten Eigenschaft ein massgebender Einfluss eingeräumt werden. Но если мы вычеркнемъ повтореніе изъ числа поводовъ къ усиленію наказанія (Schärfungsgründe), то засимъ останут-

ся только такія отягчающія обстоятельства, которыя стоятъ въ ближайшей связи съ особенною природою отдѣльныхъ видовъ преступленій и совершенно сливаются (identisch sind) съ признаками болѣе тяжкихъ подвидовъ этихъ преступленій.

IV.

Wächter, Deutsches Strafrecht, изд. 1881 г., стр. 271 и слѣд.

Авторъ различаетъ: I) Повтореніе въ широкомъ, несобственномъ смыслѣ этого слова. Подъ этимъ разумѣется тотъ случай, когда субъектъ, бывъ уже наказанъ за преступленіе, снова совершаетъ какое либо другое преступленіе. Обстоятельство это, т. е. что дѣятель былъ уже ранѣе наказанъ за преступленіе и все таки не принудилъ себя воздержаться отъ новаго совершенія преступленія, положительное право не признаетъ поводомъ къ усиленію наказанія; но въ тоже время оно можетъ быть, смотря по условіямъ даннаго случая, разсматриваемо какъ поводъ къ возвышенію наказанія въ предѣлахъ его maximum'a и minimum'a. II) Повтореніе въ узкомъ и собственномъ смыслѣ, т. е. тотъ случай, когда лицо, наказанное за преступленіе, позднѣе совершаетъ одинаковыя или однородныя дѣянія. Изъ новѣйшихъ законодательствъ нѣкоторыя разсматривали повтореніе въ узкомъ смыслѣ не въ качествѣ общаго основанія къ усиленію наказанія, признавая его таковымъ лишь при отдѣльныхъ преступленіяхъ (какъ, напр. Баварское уложеніе 1861). Большинство уголовныхъ кодексовъ однако придавали понятію повторенія болѣе общее значеніе. Впрочемъ понятіе повторенія и степень возможнаго усиленія наказанія и здѣсь опредѣляется весьма различно. Что касается понятія рецидива въ узкомъ смыслѣ, то юридическое основаніе къ усиленію наказанія заключается здѣсь въ томъ, что преступникъ, который, по отбытіи наказанія за преступленіе, снова совершаетъ то же самое или однородное преступленіе, обнаруживаетъ особенно интенсивную преступную волю, ибо ранѣе отбытое имъ наказаніе оказалось неспособнымъ сломить его преступную волю, направленную на даннаго рода преступленіе. Соображеніе это однако не приложимо и къ тому также случаю, когда преступникъ учинилъ новое преступленіе тотчасъ по вступленіи состоявшагося о немъ приговора въ законную силу, а только къ случаю дѣйствительнаго отбытія преступникомъ наказанія за прежнее преступленіе, а по-

тому нельзя одобрить постановленія нѣкоторыхъ законодательствъ (напр. Вюртемб. art. 124, Прусск. § 58) которыя признавали повтореніе обстоятельствомъ, усиливающимъ наказаніе, даже въ томъ случаѣ, когда лицо, о которомъ только еще вступилъ въ законную силу приговоръ, присуждающей его къ наказанію (слѣдовательно до отбытія, вполнѣ или частію, присужденнаго наказанія) совершаетъ тоже самое или однородное преступленіе; съ другой стороны нельзя не признать, что Прусское уложеніе уже слишкомъ съуживало понятіе повторенія, признавая наличность таковаго только въ случаѣ совершенія того же самаго преступленія, но не однороднаго, причемъ подобно и нѣкоторымъ другимъ законодательствамъ, признавало повтореніе усиливающимъ наказуемость обстоятельствомъ лишь подъ тѣмъ условіемъ, что наказаніе было присуждено туземнымъ судомъ,—ограниченія, которымъ нельзя подыскать оправданія съ законодательной точки зрѣнія. Другіе кодексы совершенно правильно ставили условіемъ повторенія, какъ усиливающаго наказанія обстоятельства, отбытіе наказанія за одинаковыя или однородныя преступленія (Тюринг. art. 46 и Сакс. улож. art. 82). На основаніи этихъ послѣднихъ, повтореніе являлось усиливающимъ наказаніе обстоятельствомъ, когда лицо, присужденое за долозное преступленіе къ наказанію (въ предѣлахъ туземной территоріи или заграницей) и отбывшее, по меньшей мѣрѣ, часть этого наказанія, или же понесшее меньшее наказаніе вслѣдствіе помилованія, совершаетъ затѣмъ одинаковыя или однородныя преступленія. Такимъ образомъ по Саксонскому и Тюрингенскому праву существуетъ не повтореніе, а стеченіе преступленій, коль скоро лицо, осужденное за преступленіе приговоромъ, вступившимъ въ законную силу, совершаетъ однородное преступленіе прежде, чѣмъ началось приведеніе въ исполненіе этого приговора. Какія преступленія должны быть почитаемы однородными,—это опредѣляется въ кодексахъ различно. Повтореніе можетъ быть первымъ, вторымъ (когда субъектъ уже дважды отбылъ наказаніе за однородныя преступленія и снова совершилъ однородное преступленія) и т. д. Что касается тѣхъ соображеній, которыя преимущественно долженъ имѣть въ виду судья при усиленіи наказанія за повтореніе, то по тѣмъ основаніямъ, въ силу которыхъ рецидивъ въ собственномъ смыслѣ вообще составляетъ моментъ, усиливающій наказуемость, слѣдуетъ признать, что усиленіе наказанія слѣдующаго за новое преступле-

ніе, должно рости пропорціонально тяжести однородныхъ преступленій, за которыя рецидивистъ отбылъ наказаніе, а также въ зависимости отъ продолжительности промежутка времени, протекшаго между отбытіемъ наказанія и новымъ рецидивомъ, и отъ того, какая часть ранѣе присужденнаго наказанія была имъ отбыта (Сакс. art. 84, Тюринг. art. 48, absatz. 4). Степень возвышенія наказанія за повтореніе зависитъ отъ усмотрѣнія судьи, но законодательства обыкновенно устанавливаютъ извѣстныя рамки, изъ которыхъ судья не долженъ выходить при возвышеніи наказанія. Нынѣ дѣйствующее право не знаетъ давности рецидива, но большинство новѣйшихъ кодексовъ, допускающихъ давностное погашеніе присужденнаго наказанія, распространяютъ дѣйствіе этой давности и на повтореніе, какъ обстоятельство, усиливающее наказаніе.

V.

Ortolan, Eléments de droit pénal, изд. 1875 г. стр. 552 и слѣд.

Повтореніе преступленій (la récidive) существенно отличается отъ стеченія преступленій (cumul de délits à punir ou réiteration). При рецидивѣ уже не можетъ быть вопроса, какъ мы это видимъ при стеченіи преступленій, объ опредѣленіи виновному наказанія за всѣ имъ совершенныя преступленія; первое или первыя преступленія уже наказаны, о нихъ состоялся обвинительный приговоръ, наказаніе за таковыя было отбыто, или подлежитъ отбытію; единственное преступленіе, за которое теперь должно быть опредѣлено наказаніе—это послѣднее, еще не наказанное дѣяніе. Задача уголовнаго права заключается здѣсь въ рѣшеніи вопроса о томъ, какъ это послѣднее дѣяніе должно быть наказано. Отсюда слѣдуетъ, что для наличности рецидива необходимо, чтобы предшествующій обвинительный приговоръ былъ исполненъ или, по крайней мѣрѣ, могъ быть приведенъ въ исполненіе, т. е. уже не подлежалъ бы обжалованію. Въ противномъ случаѣ, т. е. если приговоръ еще можетъ подлежать обжалованію, дѣло о прежнемъ преступленіи является неоконченнымъ, прежнее преступленіе еще остается не наказаннымъ и мы имѣемъ передъ собою случай стеченія преступленій, а не рецидивъ.

Останавливаясь на вопросѣ о томъ, должно ли наказаніе въ случаѣ рецидива оставаться ординарнымъ, или же качество

рецидивиста можетъ обусловливать возвышеніе или модификацію наказанія, авторъ замѣчаетъ: Противъ возвышенія или модификаціи наказанія приводилось то возраженіе, что такъ какъ прежнія преступленія уже подверглись окончательному сужденію, причемъ наказанія за нихъ уже отбыты или подлежатъ отбытію, то принимать ихъ снова въ соображеніе для отягченія наказанія виновнаго значило бы наказывать послѣдняго дважды за одно и то же дѣяніе, что было бы нарушеніемъ правила non bis in idem. Возраженіе это было бы не лишено основанія, если бы наказаніе при рецидивѣ опредѣлялось путемъ сложенія наказаній, уже отбытыхъ за предшествовавшія преступленія, при чемъ эти наказанія снова входили бы въ мѣру наказанія за послѣднее преступленіе, что дѣйствительно было бы явнымъ нарушеніемъ правила non bis in idem. Равнымъ образомъ возраженіе это заключаетъ въ себѣ долю истины, какъ предостереженіе противъ чрезмѣрнаго отягченія наказанія, но оно не можетъ быть признано вѣрнымъ, коль скоро имъ пользуются съ цѣлью отрицанія необходимости всякаго отягченія или модификаціи наказанія за повтореніе преступленія и изъ желанія придти этимъ путемъ къ выводу, что наказаніе въ случаѣ рецидива должно оставаться тѣмъ же нормальнымъ наказаніемъ.

Безъ всякаго сомнѣнія, отправною точкою здѣсь должно служить то соображеніе, что наказанію подлежитъ только послѣднее преступленіе, то, которое еще не было наказано. Но при опредѣленіи размѣра наказанія, слѣдующаго за какое бы то ни было преступленіе, необходимо принимать въ соображеніе, и элементы состава дѣянія, и моральное состояніе преступника въ моментъ его совершенія, и наконецъ соціальную потребность въ уголовной репрессіи. Правда, рецидивъ не измѣняетъ фактическихъ элементовъ самого дѣянія, но онъ значительною частію своею входитъ въ его моральный элементъ и не менѣе значительною частію въ элементъ соціальный, т. е. общественную потребность въ уголовной репрессіи. Отсюда слѣдуетъ, что, какъ съ точки зрѣнія справедливости, такъ и со стороны соціальной пользы, этихъ двухъ основъ, на которыхъ зиждется карательное право, повтореніе должно оказывать неоспоримое вліянія на наказуемость. Съ точки зрѣнія справедливости, именно оцѣнки нравственныхъ свойствъ преступника, выразившихся въ томъ дѣяніи, которое подлежитъ уголовной карѣ, повтореніе изобличаетъ въ немъ упорство, преступную настойчивость, направленную къ нарушенію уго-

ловныхъ законовъ, т. е. такія качества, которыми виновность его несомнѣнно увеличивается. Для доказательства этой истины нѣтъ надобности прибѣгать къ преувеличеннымъ выраженіямъ въ родѣ „развращенность“, „неисправимость“ и т. п. Выраженіе „развращенность“ не приложимо къ тѣмъ случаямъ, когда дѣло идетъ о правонарушеніяхъ, являющихся скорѣе результатомъ необдуманныхъ увлеченій, небрежности, несоблюденія установленныхъ правилъ; а между тѣмъ и по отношенію къ этого рода правонарушеніямъ рецидивъ указываетъ на наличность большей нравственной виновности преступника. Такое значеніе рецидивъ сохраняетъ при всѣхъ преступленіяхъ, крупныхъ и маловажныхъ, ибо оно покоится на томъ простомъ соображеніи, что антецеденты всякаго обвиняемаго входятъ, въ качествѣ существеннаго элемента, въ оцѣнку его виновности. Съ точки зрѣнія соціальной пользы, рецидивъ указываетъ на существованіе большей опасности для уголовнаго закона въ такомъ нарушеніи его, которое произведено рецидивистомъ, откуда вытекаетъ болѣе настоятельная потребность въ уголовной репрессіи. Рецидивъ свидѣтельствуетъ также о безсиліи обыкновенныхъ карательныхъ мѣръ противъ рецидивиста. Не нужно впрочемъ преувеличивать важность этого послѣдняго замѣчанія. Если разсматривать того или другаго рецидивиста въ частности, то иногда оказывается, что наказаніе, назначенное ему за первое преступленіе, еще не было исполнено; онъ могъ избѣжать его бѣгствомъ; новое преступленіе совершено имъ прежде, чѣмъ наказаніе за прежнее было имъ полностію отбыто, или же наказаніе за то преступленіе было ему прощено; наконецъ, онъ, можетъ быть, совершилъ его въ тотъ самый моментъ, когда приговоръ о немъ только что вступилъ въ законную силу. Во всѣхъ этихъ случаяхъ нельзя сказать, чтобы недѣйствительность перваго наказанія по отношенію къ нему подтвердилась на опытѣ, ибо на самомъ дѣлѣ доказаннымъ остается только то, что окончательный приговоръ, коимъ виновный былъ присужденъ къ первому наказанію, не произвелъ на него впечатлѣнія достаточно сильнаго, чтобы удержать его отъ новаго преступленія.

Но если вмѣсто отдѣльнаго рецидивиста мы возьмемъ всѣхъ рецидивистовъ въ совокупности, то совершено вѣрнымъ будетъ выводъ, что коль скоро число ихъ является, по отношенію къ числу осужденныхъ, значительнымъ, то это свидѣтельствуетъ о безсиліи и коренныхъ недостаткахъ карательной системы. Логичес-

кій выводъ изъ предъидущихъ замѣчаній будетъ тотъ, что рецидивъ, какъ съ точки зрѣнія абсолютной справедливости, такъ и въ интересахъ соціальныхъ, вызываетъ необходимость отягченія и въ особенности модификаціи наказанія. Но это отягченіе наказанія по поводу рецидива, въ принципѣ, должно быть менѣе значительно, нежели отягченіе наказанія въ случаѣ стеченія преступленій (при прочихъ одинаковыхъ условіяхъ); причина та, что въ случаѣ рецидива наказаніе должно поражать только одно преступленіе, именно послѣднее, всѣ же прочія уже погашены наказаніемъ, тогда какъ при стеченіи преступленій, наказаніе имѣетъ цѣлью одновременно поразить всѣ стекающіяся преступленія. Нѣкоторые криминалисты держатся того мнѣнія, что такъ какъ рецидивъ является увеличеніемъ виновности въ одномъ и томъ же родѣ преступленій, то наказаніе никогда не должно измѣняться въ родѣ, а только увеличиваться количественно. Но, замѣчаетъ авторъ, отягченіе наказанія по поводу рецидива можетъ быть признано достаточною мѣрою лишь тогда, если рѣчь идетъ о преступленіяхъ нисшаго порядка или случайныхъ, которыя не проистекаютъ изъ нравственной испорченности, которыя неспособны перейти въ хроническое и контагіозное состояніе; если же говорится объ опасныхъ рецидивистахъ, обратившихъ преступленіе въ ремесло, то недѣйствительность нормальнаго наказанія прямо указываетъ на необходимость прибѣгнуть, по отношенію къ нимъ къ такой модификаціи карательныхъ мѣръ, благодаря которой общество могло бы избѣжать грозящей ему опасности. Пока карательныя мѣры противъ этого рода рецидивистовъ не будутъ организованы въ этомъ смыслѣ, общество не можетъ считать себя гарантированнымъ.

По отношенію къ рецидиву точно такъ же, какъ и по отношенію къ другимъ мотивамъ отягченія наказаній должно быть дѣлаемо различіе между тѣми случаями, въ которыхъ измѣняется безусловная виновность лица и которые должны быть предусмотрѣны и регламентированы законодателемъ, и тѣми, гдѣ рецидивъ, смотря по комбинаціи и различной природѣ или маловажности преступленій можетъ оказывать лишь менѣе замѣтное и измѣнчивое вліяніе, и притомъ только по отношенію къ индивидуальной виновности; случаи эти должны подлежать единственно оцѣнкѣ судьи въ установленныхъ закономъ предѣлахъ судейской власти при выборѣ наказаній. Въ эту послѣднюю категорію входятъ также и другіе судебные антецеденты, вытекающіе не изъ приго-

воровъ, а изъ возбуждавшихся противъ даннаго лица преслѣдованій, за которыми слѣдовало освобожденіе его отъ наказанія или оправданіе, ибо все это такіе оттѣнки, которые укладываются въ рамкахъ индивидуальной виновности. Различіе въ природѣ или важности преступленій имѣетъ совершенно иное значеніе по отношенію къ рецидиву, чѣмъ по отношенію къ стеченію преступленій. Значеніе рецидива наиболѣе ясно выражается въ случаяхъ повторенія одного и того же преступленія или рецидива спеціальнаго; упорство, отягчающее виновность, и недостаточность предшествовавшаго осужденія здѣсь очевидны. Путемъ логическихъ соображеній криминалисты пришли къ тому, что рецидивомъ слѣдутъ считать не только повтореніе одного и того же преступленія, но преступленія одного рода, проистекшія изъ одинаковой вины, порочности или одинаковыхъ страстей, каковы, напр., насилія, удары, раны, убійства и всякія посягательства противъ личной безопасности; или: кража, мошенничество, злоупотребленіе довѣріемъ и всѣ преступныя присвоенія чужаго имущества. Обобщая еще болѣе понятіе рецидива, наука распространила его и на преступленія разнородныя. Этотъ видъ повторенія можетъ быть названъ общимъ рецидивомъ. Въ послѣднемъ случаѣ виновность лица является менѣе энергичною, ибо не концентрируется въ одной преступной склонности, но тѣмъ не менѣе и здѣсь рецидивъ указываетъ на упорство преступника, который, въ своемъ стремленіи нарушить уголовный законъ, не останавливается предъ судебною репрессіею. Кромѣ того у наиболѣе опасныхъ преступниковъ различные виды преступленій или проступковъ (кража, подлогъ, убійство, поджогъ и др.) такъ перемѣшиваются и смѣняются одинъ другимъ, смотря по обстоятельствамъ, что образуютъ какъ бы одну и ту же преступную основу, изъ которой соткана жизнь этихъ злодѣевъ. Законодатель, который вздумалъ бы пренебречь этого рода рецидивистами, отнесся бы слегка именно къ такимъ преступникамъ, на которыхъ имъ должно быть обращено наибольшее вниманіе. Nous ne craignons pas de le dire, замѣчаетъ авторъ, quelque opposée que soit notre assertion aux idées généralement répandues à ce sujet, le mode de procéder par prévision des récidives générales est bien supérieur, dans la loi, à celui qui consiste à procéder seulement par prévision des récidives spéciales; autant, si'l m'est permis de faire cette comparaison, que dans les facultés intellectuelles de l'homme la généralisation est au-dessus de l'intuition. Celui de la récidive spéciale est l'enfance de la pénalité; l'autre arrive à mesure que la science se forme et que la vue

du législateur s'élargit. Во всякомъ однако случаѣ, обобщеніе понятія рецидива не должно доходить до сближенія преступленій, настолько различныхъ по своей природѣ, что между ними нельзя отыскать никакого соотношенія и, слѣдовательно, не представляющихъ никакихъ прочныхъ данныхъ для вывода, что впаденіе въ одно преступленіе обусловило впаденіе въ другое. Таковъ, напримѣръ, переходъ отъ преступленій чисто военныхъ къ преступленіямъ общимъ, отъ преступленій политическихъ къ преступленіямъ неполитическимъ, отъ полицейскихъ нарушеній къ преступленіямъ или проступкамъ противъ всеобщаго моральнаго закона; въ этихъ случаяхъ рецидивъ можетъ способствовать только возвышенію индивидуальной виновности, находящейся въ зависимости отъ обстоятельствъ даннаго случая, т. е. той виновности, оцѣнка которой всецѣло должна быть предоставлена усмотрѣнію судьи, а не виновности абсолютной, абстрактно опредѣляемой законодателемъ. Время, протекшее между первымъ осужденіемъ и учиненіемъ новаго преступленія, не можетъ считаться безразличнымъ, ибо, если новое преступленіе привходитъ къ прежнему только спустя долгій промежутокъ времени, то нельзя утверждать, что въ этомъ случаѣ дѣятель обнаружилъ ту преступную настойчивость, а съ другой стороны, что здѣсь выразилась та недѣйствительность нормальной репрессіи, которыми мотивируется усиленіе наказуемости рецидива. Спустя извѣстное время, вліяніе рецидива (по крайной мѣрѣ, что касается абсолютной виновности), должно наконецъ, прекратиться. А такъ какъ, смотря по большей или меньшей тяжести обвиненія воспоминаніе о немъ и слѣды его обыкновенно требуютъ болѣе или менѣе долгаго времени для того, чтобы изгладиться, то отсюда слѣдуетъ, что продолжительность этого времени должна измѣняться, въ зависимости отъ свойства предшествовавшаго обвиненія. Авторъ съ своей стороны полагаетъ, что срокъ этотъ не долженъ превышать того, въ который самое право приведенія въ исполненіе уголовнаго приговора погасилось бы давностью. При стеченіи преступленій имъ будетъ срокъ давности уголовнаго иска; въ случаѣ рецидива это будетъ то время, которое достаточно для погашенія права приведенія приговора о наказаніи въ исполненіе. Различіе по мѣсту совершенія преступленій имѣетъ значеніе для рецидива только тогда, если рѣчь идетъ о чисто мѣстныхъ право нарушеніяхъ, являющихся въ одномъ мѣстѣ воспрещенными, а въ другомъ дозволенными, или когда рѣчь идетъ о приговорахъ, состо-

явшихся въ иностранныхъ государствахъ; послѣднее объясняется тѣмъ, что,по началамъ международнаго права,приговоры, произнесенные судебными установленіями какого либо иностраннаго государства, не имѣютъ для другихъ государствъ обязательной силы. Кромѣ того, если виновность рецидивиста представляется и здѣсь сравнительно болѣе значительною, то съ другой стороны нельзя утверждать, что въ данномъ случаѣ недѣйствительность ординарнаго карательнаго закона страны доказана опытомъ. Начало это, которое, по мѣрѣ сближенія учрежденій и обычаевъ отдѣльныхъ націй можетъ въ будущемъ подвергнуться смягченію или и вовсе исчезнуть, является въ настоящее время господствующимъ. Приговоры, состоявшіеся заграницею, могутъ оказывать вліяніе только на мѣру индивидуальной виновности, опредѣленіе которой предоставлено судейской оцѣнкѣ.

Нерѣдко нѣсколько рецидивовъ соединяются въ лицѣ одного и того же преступника, такъ что за первымъ рецидивомъ слѣдуетъ второй, иногда третій и т. д., но отсюда не слѣдуетъ, чтобы законъ уголовный долженъ былъ преслѣдовать это возрастаніе преступности системою все прогрессирующихъ карательныхъ мѣръ. Не говоря уже о томъ, что это было бы исполнимо фактически только по отношенію къ спеціальнымъ рецидивамъ, такая упорная борьба, между виновнымъ съ одной стороны и уголовнымъ закономъ съ другой, унижала бы достоинство послѣдняго потому что свидѣтельствовала бы о его безсиліи и необходимо привела бы или къ утомленію или же къ чрезмѣрной, ничѣмъ не оправдываемой жестокости.

СОВЕРШЕНІЕ ПРЕСТУПЛЕНІЯ ВЪ ВИДѢ РЕМЕСЛА, ВЪ ВИДѢ ПОСТОЯННАГО ЗАНЯТІЯ И ПО ПРИВЫЧКѢ.

(ст. 56 проекта редакціонной коммисіи).

I.

Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, изд. 1881 г. стр. 541 и слѣд.

Независимо отъ повторенія преступленія, Германское уложеніе различаетъ учиненіе извѣстныхъ дѣяній: а) по привычкѣ, б) въ видѣ промысла, и в) въ видѣ занятія (das gewohnheitsmässige, das gewerbs-und geschäfts-mässige Verüben). Учиненнымъ по привычкѣ дѣяніе является тогда, если вслѣдствіе частаго повторенія ка-

кого либо дѣйствованія, вытекающаго изъ одного и того же мотива, въ характерѣ индивида упрочивается извѣстная преступная склонность, подъ вліяніемъ которой такой человѣкъ все болѣе и болѣе теряетъ силу сопротивленія мотивамъ этого рода. Съ понятіемъ преступной привычки связывается поэтому не столько повтореніе одного и того же дѣйствія, сколько дѣйствованіе, проистекающее изъ одного и того же мотива, ибо именно эта усиливающаяся до степени влеченія, страсти, воспріимчивость къ извѣстному мотиву и составляетъ результатъ привычки, тогда какъ вытекающія изъ этого мотива дѣйствія могутъ быть, въ зависимости отъ данныхъ обстоятельствъ, весьма различными. Впрочемъ во всякомъ случаѣ одинаковость мотива будетъ имѣть слѣдствіемъ если не одинаковость, то по крайней мѣрѣ однородность дѣяній. Если начавшееся развитіе привычки обнаруживается тѣмъ, что человѣкъ въ отдѣльныхъ случаяхъ, при всякой попыткѣ побороть развивающуюся склонность, безсильно уступаетъ передъ искушеніемъ, то въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи привычка приводитъ къ уничтоженію самой попытки противодѣйствія преступному влеченію, причемъ извѣстный родъ дѣйствованія дѣлается, такъ сказать, второю натурою, настолько, что дѣятель въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ едва ли даже получаетъ ясное сознаніе объ опредѣляющемъ его мотивѣ, равно какъ о возможности и обязанности оказывать съ своей стороны противодѣйствіе этому мотиву. На этомъ основаніи тамъ, гдѣ дѣло идетъ о констатированіи привычнаго учиненія какого либо наказуемаго дѣйствія, прежде всего должно быть доказано повтореніе этого дѣйствія обвиняемымъ. Но затѣмъ рѣшающее значеніе для вопроса имѣетъ не повтореніе само по себѣ, не какое либо опредѣленное число единичныхъ случаевъ, а то, что повторное учиненіе дѣйствія явилось слѣдствіемъ упрочившейся въ индивидѣ склонности къ такому образу дѣйствій, склонности, которая сообщаетъ наказуемому дѣянію опасный характеръ въ томъ смыслѣ, что заставляетъ опасаться совершенія дальнѣйшихъ такихъ же преступленій въ будущемъ. Такая склонность не можетъ конечно быть обнаружена непосредственно и какъ таковая (ist nicht unmittelbar und als solcher erkennbar), и только по разсмотрѣніи ближайшихъ обстоятельствъ совершенія дѣянія, судья можетъ отвѣтить на вопросъ, является ли оно привычнымъ, вытекшимъ изъ преступной склонности, или нѣтъ. Если преступленіе было совершено въ большемъ числѣ слу-

чаевъ чрезъ незначительные промежутки времени, то, въ видѣ общаго правила, существованіе преступной привычки можетъ здѣсь считаться доказаннымъ, тогда какъ если нѣсколько случаевъ совершенія преступленія раздѣлены значительными промежутками времени, то скорѣе возможно предположеніе, что дѣятель въ эти промежутки, несмотря на представлявшійся ему удобный поводъ и случай совершить новое преступленіе, былъ способенъ устоять предъ искушеніемъ, и что поэтому на дѣяніе его слѣдуетъ смотрѣть, какъ на повтореніе случайнаго, а не привычнаго преступленія (nur als wiederholtes Gelegenheits-nicht als Gewohnheits-Delict). Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, и незначительное число повтореній можетъ служить достаточнымъ доказательствомъ существованія привычки къ преступленію; съ другой стороны, если на лицо имѣется лишь единичный случай совершенія преступленія, то хотя обстоятельства дѣла и могутъ привести къ предположенію, что и ранѣе виновнымъ были учинены такія же преступленія, не могущія быть теперь доказанными, или же, что одно дѣяніе было имъ учинено въ намѣреніи совершить затѣмъ другое такое же дѣяніе, тѣмъ не менѣе никогда нельзя здѣсь признать привычное совершеніе преступленія доказаннымъ, ибо для этого не достаточно ни такого предположенія, ни даже доказаннаго существованія у дѣятеля намѣренія, не перешедшаго однако въ дѣйствіе. Отъ привычнаго учиненія наказуемаго дѣянія совершеніе таковаго въ видѣ ремесла отличается тѣмъ, что дѣятель, при повторномъ совершеніи преступленія, исходилъ изъ намѣренія заниматься этого рода дѣятельностью постоянно, въ видѣ профессіи, и притомъ съ цѣлью наживы. Существованіе такого намѣренія можетъ быть конечно изобличено уже при совершеніи перваго такого дѣянія, подобно тому какъ напр. намѣреніе ремесленника или купца производить извѣстную дѣятельность въ видѣ промысла можетъ быть выведено уже изъ дѣлаемыхъ имъ съ этой цѣлью приготовленій, слѣдовательно даже прежде, чѣмъ онъ приступилъ къ первому дѣйствію, составляющему его промыселъ. Но если и единичное дѣйствіе можетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, быть названо учиненнымъ въ видѣ промысла (gewerbsmässig) въ томъ смыслѣ, что въ немъ выражается намѣреніе дѣятеля совершать такого рода дѣйствія въ продолженіи извѣстнаго времени, съ цѣлью наживы, то всетаки оно еще не можетъ быть признано достаточнымъ для того, чтобы облагать

его наказаніемъ въ качествѣ „преступленія въ видѣ ремысла“, ибо основаніемъ наказуемости дѣянія, общей или усиленной, служитъ не выразившееся въ немъ намѣреніе совершать дальнѣйшія подобныя дѣйствія, а дѣйствительная преступная склонность, которая, слѣдовательно, какъ таковая выказалась въ цѣломъ рядѣ дѣйствій. Совершеніе преступленій въ видѣ промысла является поэтому также и совершеніемъ преступленій по привычкѣ, съ тѣмъ лишь различіемъ, что здѣсь привычка усилилась до того, что сдѣлалась постоянною, сознательно производимою профессіею лица, причемъ первое, кромѣ того, характеризуется корыстнымъ мотивомъ. Учиненіе какого-либо наказуемаго дѣянія въ видѣ постояннаго занятія (geschäftsmässige Verübung) отличается отъ совершенія преступленія въ видѣ ремысла единственно тѣмъ, что здѣсь не требуется корыстнаго намѣренія (die Absicht erwerben zu wollen), хотя наличность такого намѣренія въ конкретномъ случаѣ не исключаетъ возможности признанія того, что преступленіе было совершаемо въ видѣ постояннаго занятія. Для того, чтобы констатировать совершеніе преступленія по привычкѣ или въ видѣ ремысла, несомнѣнно могутъ быть приняты въ соображеніе и преступленія, совершенныя или осужденныя за границею, равно какъ дѣянія, покрывшіяся давностью, ибо здѣсь дѣло идетъ не объ опредѣленіи наказаній за дѣянія не наказуемыя, а лишь о томъ, чтобы изъ совокупности преступленій вывести характеристическое свойство дѣятеля, которое должно вліять на опредѣленіе мѣры преступности и наказуемости дѣянія, подлежащаго наказанію въ данномъ случаѣ.

II.

Lilienthal, Beiträge zur Lehre von den Collectivdelicten, 1879 г.

Наблюденіе, что преступленіе нерѣдко составляетъ не единичное явленіе въ жизни дѣятеля и что во многихъ случаяхъ учиненіе преступленій, въ особенности нѣкоторыхъ, можетъ обратиться въ занятіе, промыселъ или привычку, получило двоякое практическое примѣненіе въ уголовныхъ законодательствахъ. Послѣднія отчасти обусловливаютъ самую наказуемость извѣстныхъ дѣяній учиненіемъ таковыхъ по привычкѣ или въ видѣ ремесла,

отчасти же видятъ въ этотъ поводъ къ усиленію нормальнаго наказанія (Strafzumessungs-bezieh. Straferhöhungs-grund) *)

Всѣ такія преступленія въ видѣ ремесла, занятія и по привычкѣ объединяются подъ однимъ заимствованнымъ изъ французской юриспруденціи названіемъ коллективныхъ преступленій (Collectivdelicte). Согласно общепринятому опредѣленію, коллективныя преступленія суть такія, законный составъ которыхъ заключается не въ единичномъ дѣяніи, а въ совокупности нѣсколькихъ дѣяній, являющихся продуктами одной и той же привычки и жизненнаго склада (Lebensrichtung). Если признать такое опредѣленіе коллективнаго преступленія правильнымъ, то мы встрѣчаемся здѣсь говоритъ авторъ, съ крайне своеобразною конструкціею преступ-

*) Изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ законодательствъ совершеніе преступленія въ видѣ ремесла или по привычкѣ признается только поводомъ къ усиленію наказанія (als Strafschärfungsgrund): брауншвейгскимъ, любекскимъ, гамбургскимъ, баденскимъ и саксонскимъ, тогда какъ въ уложеніяхъ: баварскомъ, гессенскомъ, тюрингенскомъ, прусскомъ и общегерманскомъ понятія эти представляются то моментами состава преступленій, то квалифицирующими обстоятельствами. Законодательства французское, бельгійское и итальянское знаютъ только совершеніе преступленія по привычкѣ, и притомъ лишь въ качествѣ момента законнаго состава преступленій. Въ частности, изъ нѣмецкихъ кодексовъ, изданныхъ до германскаго уложенія, о преступности въ видѣ ремесла упоминается при слѣдующихъ преступленіяхъ: а) *въ качествѣ момента законнаго состава*: 1) азардная игра, прусск. § 266; 2) ссуда подъ залогъ прусск. § 264); 3) сводничество ольденб. а. 428, Гессен. а. д 339, бад. § 363, нассау. а. 323; 4) непотребство ольденб. а. 426 Тюринг. а. 300, прусск. § 146, сакс. а. 354; 5) соглашеніе на совершеніе кражъ въ видѣ ремесла, альтенб. а. 232, тюринг. а. 224; б) *въ качествѣ квалифицирующаго обстоятельства*: 1) вытравленіе, брауншв. § 155, гессен. а. 283, бад. § 252, нассау. а. 276, бав. (1861) а. 244; 2) благопріятствованіе, бав. (1813) а. 61, ольденб. а. 91, вюртемб. а. 91, брауншв. § 47, ганнов. а. 76, cfr. а. 303, гессен. а. 90, бад. § 144, насс. а. 86; 3) обманъ. вюрт. а. 354, брауншв. § 225, сакс. а. 285; 4) кража, вюрт. а. 374, брауншв. § 215, cfr. 214, сакс. а. 277, въ частности: кража дичи; альтенб. а. 279, вюртемб. а. 397, бад. § 645, прусск. § 276, австр. § 274. 5) укрывательство краденаго, альтенб. а. 239, вюрт. а. 343, Тюринг. а. 231, сакс. а. 293, бав. (1861) а. 310, 311; 6) сводничество альтенб. а. 306, вюртемб. а. 308, ганнов. а. 278. брауншв. § 190. тюринг. а. 301, сакс. а. 356; 7) непотребство, альтенб. а. 366, австр. § 509; 8) ростовщичество, альтенб. а. 299, ганнов. а 313, гесс. а 400, насс. а. 399, тюринг. а 289, сакс. а. 344. Преступность по привычкѣ является: а) *въ качествѣ момента законнаго состава* при слѣдующихъ преступленіяхъ: 1) сводничество, прусск. § 147, 2) ростовщичество, прусск. § 263, 3) нищенство, гессен. а. 247, нассау. а. 240, австр. § 517; б) *въ качествѣ квалифицирующа-*

наго состава дѣянія. Понятіе составнаго преступленія не находитъ себѣ юридическаго оправданія въ томъ, что почти всякая преступная дѣятельность можетъ быть разложена на нѣсколько отдѣльныхъ актовъ, являющихся наказуемыми лишь въ ихъ совокупности. Подобная разложимость, свойственная всякой человѣческой дѣятельности, не можетъ быть отождествлена съ составомъ коллективныхъ преступленій, ибо въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ не о нѣсколькихъ самостоятельныхъ дѣяніяхъ, а о такихъ актахъ дѣятельности, которые, по отношенію къ опредѣленному конечному послѣдствію представляются только приготовительными дѣйствіями. Безъ сомнѣнія однако нѣсколько самостоятельныхъ и законченныхъ дѣйствій могутъ, въ глазахъ закона, представлять единство. Такъ, цѣлый рядъ преступныхъ дѣяній слагается изъ нѣсколькихъ ненака-

---

го обстоятельства: 1) обманъ, бав. (1813) а 262, прусск. § 223, австр. § 143, кража, тюринг. а. 227, австр. § 176; 2) укрывательство краденаго, прусск. 239. По французскому и бельгійскому законодательствамъ, привычка разсматривается, какъ моментъ законнаго состава, при слѣдующихъ проступкахъ: 1) ростовщичество (cfr. lois françaises du 3 sept. 1807 et 19 dec. 1850 и code pénal belge a. 494; 2) проступки тѣхъ, которые «connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs etc. leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de reunion», Code pénal français a. 61, c. p. b. a. 68. Тоже самое и въ codice penale per gli stati di S. M. il re di sardegna a. 163, 3) нищенство людей способныхъ къ работѣ, C. p. f. a. 275. Codice penale a. 442 ao. i. cfr. a. 436, 3) сводничество (Attentat aux moeurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans. c. p. f. a 334. C. p. b. a. 379, 5) проступки тѣхъ «qui portent habituellement des effets au bureau du mont-de-piété pour autrui et moyennant rétribution ou qui achetent habituellement des réconnaissances du mont-de-piété, C. p. b. a. 308, 6) медицинское шарлатанство а. бельгійскаго закона 12 марта 1818. Германское уложеніе признаетъ преступность въ видѣ ремесла: *а) моментомъ законнаго состава* преступленій: 1) азардной игры § 284 2) непотребства § 360: *б) квалифицирующимъ обстоятельствомъ* при: 1) укрывательствѣ краденаго § 260, 2) самовольной охотѣ § 294. Преступность въ видѣ занятія признается *моментомъ законнаго состава* при подстрекательствѣ къ выселенію за границу, § 144. Преступность по привычкѣ является: а) *моментомъ законнаго состава* при 1) выпускѣ въ обращеніе уменьшенныхъ въ вѣсѣ монетъ § 150 и 2) сводничествѣ § 180; б) *квалифицирующимъ обстоятельствомъ* при укрывательствѣ краденаго § 260. Изъ послѣдующихъ узаконеній понятія преступности по привычкѣ и въ видѣ ремесла вошли: 1) въ законъ о денежномъ обращеніи 9 іюля 1873 г., 2) въ законъ о банкахъ 14 марта 1879 г. Выраженіе «сдѣлать что либо постояннымъ для себя занятіемъ» встрѣчается въ законѣ 19 октября 1878 г., направленномъ противъ общеопасныхъ стремленій соціальной демократіи.

зуемыхъ дѣйствій (банкротство), или же нѣсколько наказуемыхъ дѣйствій группируются въ одно новое понятіе преступленія (напр. въ граб. жѣ). Въ подобныхъ случаяхъ или не трудно бываетъ указать на обстоятельство, объединяющее различныя дѣйствія въ одно правонарушеніе, или же характеръ одного наказуемаго дѣйствія настолько рельефно выставляется, что при вхожденіе другаго какого либо дѣйствія можетъ быть разсматриваемо, лишь какъ квалифицирующее обстоятельство, благодаря которому усиливается наказаніе.

Существованіе подобной взаимной связи между дѣйствіями, повидимому самостоятельными и одно отъ другаго независящими, которыя однако же слѣдуетъ разсматривать, какъ одно цѣлое,— всегда должно быть строго доказано. Поэтому и вся конструкція коллективнаго преступленія можетъ найти себѣ хоть какое нибудь оправданіе только при условіи существованія между его составными частями такой связи, которая бы позволяла разсматривать отдѣльные акты дѣятельности, какъ disjecta membra одного тѣла. Обращаясь, для рѣшенія вопроса о нахожденіи такой связи между частями коллективнаго преступленія, къ анализу понятій „въ видѣ ремесла, въ видѣ занятія и по привычкѣ" авторъ высказываетъ слѣдующія соображенія.

I. *Преступность въ видѣ ремесла* (Gewerbmässigkeit). Хотя опредѣленіе понятія Gewerbmässigkeit и не встрѣчается не только въ большинствѣ уголовныхъ кодексовъ *), но и въ уставахъ торговыхъ и ремесленныхъ, тѣмъ не менѣе можно считать, какъ въ доктринѣ, такъ и въ законодательствахъ, прочно установленными два критерія этого понятія: 1) намѣреніе постояннаго повторенія дѣятельности и 2) стремленіе къ извлеченію выгоды. Первоначально слово это обозначало производительную дѣятельность, состоя-

*) Исключеніе составляетъ Баварское уложеніе 1813 года, котораго art. 85 гласитъ: Dieser gewerbmässigen Begünstigung ist für überwiesen zu achten, wer den Beweis gegen sich hat, dass er aus eigennütziger Absicht schon vorhin wenigstens bei zweien zu verschiedener Zeit begangenen Verbrechen oder Vergehen derselben oder ähnlichen Art sich einer solchen Begünstigung schuldig gemacht habe» Изъ другихъ кодексовъ это опредѣленіе воспроизводится только Ольденбургскимъ кодексомъ art. 81; прочіе же, устанавливая возвышенную наказуемость благопріятствованія въ видѣ ремесла, обходятъ самое опредѣленіе этого понятія молчаніемъ.

щую въ обработкѣ и выдѣлкѣ сыраго матеріала, разсчитанную на мелочную торговлю, словомъ, дѣятельность ремесленника.

Съ постепеннымъ развитіемъ свободы промышленности, значеніе этого слова настолько расширилось, что въ настоящее время почти нѣтъ такой формы человѣческой дѣятельности, которая бы не подходила подъ понятіе ремесла, коль скоро въ ней ясно высказывается направленіе воли на извлеченіе этимъ путемъ прибыли. Большинство юристовъ (Beseler, Thöl, Anschütz, Puchelt, Goldschmidt и др.) согласны между собою въ томъ, что понятіе „въ видѣ ремесла" заключаетъ въ себѣ оба вышеуказанныя критерія, и только весьма не многіе (Hahn, Priber) устраняютъ критерій корыстнаго намѣренія, какъ несущественный. Наиболѣе точно выражается Goldschmidt говоря, что подъ понятіемъ „въ видѣ ремесла" слѣдуетъ разумѣть производство, какъ постоянный источникъ дохода. „Jedes einzelne Geschäft, поясняетъ онъ, erscheint als Theil eines gewollten, auf Erzielung eines Einkommens gerichteten Geschäftscomplexes von an sich unbestimmt m Umfange als blosses Glied einer im voraus in unbestimmter und unbestimmbarer Zhal beabsichtigten Reihe von Handelsgeschäften, welche durch das innere Band des einheitlichen Gewerbewillens zusammengehalten werden".

II. *Преступность въ видѣ постояннаго занятія*, Geschäftsmässigkeit. Выраженіе „сдѣлать что либо своимъ занятіемъ" находится въ § 144 герм. уложенія и §§ 22—24 закона противъ общеопасныхъ стремленій соціаль-демократіи. § 144 уложенія имѣетъ своимъ источникомъ, также какъ и соотвѣтствующій ему § 114 Прусскаго уложенія,—Verordnung отъ 20 января 1820, въ которомъ уже встрѣчается помянутое выраженіе. Изслѣдователи прусскаго уголовнаго права положительно не знаютъ, что дѣлать съ этимъ понятіемъ; Beseler считаетъ его совершенно однозначущимъ съ понятіемъ ремесла. По Goltdammer'у, смыслъ этого выраженія тотъ, что дѣяніе должно быть учинено такимъ образомъ и способомъ (in einer Art und Weise), которые давали бы возможность заключить, что оно будетъ производиться въ видѣ занятія или же будетъ повторяться въ будущемъ (sie solle ale ein Geschäft oder doch künftig wiederholt getrieben werden). Въ такомъ описаніи, замѣчаетъ авторъ, едва ли можно видѣть поясненіе. Temme полагаетъ, что выраженіе „Geschäftsmässig", какъ взятое изъ жизни, можетъ быть опредѣлено только въ конкретномъ случаѣ, и такимъ образомъ предоставляетъ практикѣ разъясненіе вопроса, отвѣтъ на который теоретики сами

дать не въ состояніи. Въ проектахъ уложенія для Сѣверо-германскаго союза выраженіе это прошло незамѣченнымъ. Въ рейхстагѣ его предлагали замѣнить выраженіемъ „gewerbmässig", но либеральная партія настаивала на его сохраненіи, боясь, чтобы такая уступка съ ея стороны не повлекла за собою болѣе существенныхъ измѣненій въ текстѣ проекта. При обсужденіи закона противъ соціаль-демократическихъ стремленій, выраженіе это вновь возбудило сомнѣнія, но Schwarze успокоилъ всѣхъ тѣмъ соображеніемъ, что практика съумѣетъ отлично съ нимъ справиться (die Praxis werde mit dem Ausdruck ganz gut fertig werden), прибавивъ къ этому въ видѣ поясненія, что, конечно, на основаніи одиночнаго факта еще нельзя констатировать „das Sich-zum-Geschäftmachen". Согласно Oppenhoff'у достаточно, чтобы дѣятельность была производима съ намѣреніемъ правильнаго ея продолженія или возобновленія, причемъ не требуется ни особой склонности къ этого рода дѣятельности, ни намѣренія, направленнаго на извлеченіе прибыли изъ предпріятія.

По мнѣнію автора, едва ли можно вывести изъ разговорнаго языка какое либо различіе между „Gewerbe" и „Geschäft". Но такъ какъ до тѣхъ поръ, пока оба эти выраженія сохраняются въ кодексѣ, одно наряду съ другимъ, и употребляются закономъ не совсѣмъ въ одинаковомъ смыслѣ, юристъ вынужденъ провести между ними какое-нибудь различіе, то наиболѣе подходящимъ и менѣе насилующимъ разговорный языкъ будетъ то, что „Gewerbe" предполагаетъ наличность корыстнаго намѣренія, тогда какъ въ понятіи „Geschäft" требованія этого не заключается.

III. *Привычное совершеніе преступленія*, Gewohnheitsmässigkeit. Привычка есть пріобрѣтенное, путемъ многократнаго дѣйствованія, расположеніе къ дальнѣйшей дѣятельности въ томъ же направленіи. Такое опредѣленіе представляется слишкомъ неточнымъ, но оно едва ли и можетъ быть инымъ, если принять въ соображеніе все то, что мы называемъ привычками. Все человѣческое существованіе распадается на рядъ привычекъ, которыя, начинаясь отъ самихъ низменныхъ актовъ тѣлесной дѣятельности, общихъ всѣмъ людямъ, захватываютъ затѣмъ и высшія области мысли и чувства, гдѣ онѣ постепенно становятся все болѣе и болѣе индивидуальными. Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ, все бытіе и вся дѣятельность человѣка являются комплексомъ привычекъ, частію всѣмъ свойственныхъ, частію же

данному индивиду. Подобно тому, какъ въ сферѣ мускульной дѣятельности повтореніе одного и того же движенія побуждаетъ къ новымъ повтореніямъ, умственныя представленія также, чѣмъ чаще возникаютъ въ умѣ, тѣмъ болѣе усиливаются, чѣмъ чаще переходятъ въ дѣйствіе, тѣмъ легче могутъ сдѣлаться въ будущемъ мотивами дѣятельности, и чѣмъ чаще имъ удавалось преодолѣвать противоположныя представленія, тѣмъ труднѣе бываетъ подавить ихъ представленіями противнаго. Но и не только это. Частое повтореніе одного и того же представленія приводитъ его въ связь съ постоянно возникающими въ умѣ новыми рядами представленій, которыя теперь въ свою очередь содѣйствуютъ учащенному воспроизведенію одного и того же представленія, такъ что сила представленія и его болѣе частое возвращеніе возрастаютъ въ одинаковомъ отношеніи.

Перенося эти фактическія наблюденія въ область уголовнаго права, можно считать несомнѣннымъ, что преступникъ привычный (Gewohnheitsverbrecher) является лицомъ болѣе опаснымъ для общественнаго спокойствія, чѣмъ преступникъ случайный (Gelegenheitsverbrecher), отъ котораго нельзя ожидать новыхъ посягательствъ на правовой порядокъ съ тою увѣренностью, какъ отъ перваго. Съ этой точки зрѣнія смотритъ на преступленіе по привычкѣ вся старая юриспруденція (Grolmann, Tittmann и Feuerbach). По воззрѣнію послѣдняго мѣра наказуемости должна здѣсь опредѣляться: а) объективно, смотря по величинѣ опасности для правоваго порядка, создаваемой дѣяніемъ, и б) субъективно, смотря по силѣ побужденій, вызвавшихъ преступленіе, слѣдовательно, по опасности самаго преступника. Но *объективно* преступленіе привычное не заслуживаетъ высшаго, сравнительно со всякимъ другимъ преступленіемъ, наказанія, ибо какъ мотивы, породившіе дѣяніе, такъ и опасность скораго его повторенія не дѣлаютъ единичное дѣяніе, разсматриваемое исключительно въ его отношеніи къ послѣдствію, ни болѣе, ни менѣе опаснымъ. Напротивъ того *субъективно* вліяніе привычки на наказуемость является значительнымъ, такъ какъ опасность тѣмъ больше, чѣмъ менѣе вѣроятія ожидать, что противоположныя побужденія одержатъ верхъ надъ чувственными влеченіями, толкающими человѣка къ преступленію. Съ другой стороны, исходя изъ того же соображенія, что привычка къ преступленію заглушаетъ въ человѣкѣ всѣ доводы разсудка, до того противодѣйствовавшіе его чувственнымъ влеченіямъ, нѣкоторые

криминалисты (Kleinschrod, Michelet) видятъ въ привычкѣ къ преступленію смягчающее наказаніе обстоятельство, или (Jacob Tobias Werner) поводъ и къ усиленію наказанія, въ виду большей опасности преступника, и въ тоже время къ его смягченію по причинѣ ограниченной свободы воли, или же наконецъ (авторъ „von der Gewohnheit“ in Friedreich's Blättern für gerichtliche Anthropologie 1857, B. VIII, p. 3—14) причину, исключающую вмѣненіе, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Естественно, замѣчаетъ авторъ, что такое направленіе, практическое осуществленіе котораго привело бы къ чудовищнымъ результатамъ, встрѣтило поддержку со стороны лишь весьма немногихъ криминалистовъ (Merkel), и даже тѣ, которые выдвигаютъ на первый планъ не опасность, а виновность преступника (Berner, Hälschner) видятъ и съ этой точки зрѣнія достаточное основаніе къ возвышенію наказуемости преступленій по привычкѣ. Что касается опредѣленія преступной привычки, то попытки дать такое опредѣленіе являются обыкновенно крайне неудовлетворительными. Такъ Beseler говоритъ: „повтореніе однихъ и тѣхъ же преступныхъ дѣяній въ извѣстной правильности и, по меньшей мѣрѣ, не въ слишкомъ долгіе промежутки времени, тѣсная связь этихъ дѣяній со всею жизнью и дѣятельностью субъекта можно считать существеннымъ признакомъ такого (привычнаго) совершенія преступленія“; въ прочемъ онъ принимаетъ понятія „gewerbsmässig“ и „gewohnheitsmässig“ за однозначащія. Комментаторы германскаго уложенія не въ состояніи также указать никакихъ другихъ признаковъ, кромѣ того, что „привычное совершеніе преступленія означаетъ многократное повтореніе дѣянія, проистекающее изъ общей склонности, причемъ особенно оттѣняется то, что существованіе преступной привычки можетъ быть констатировано лишь на основаніи многихъ случаевъ учиненія преступленія. Dochow также не даетъ точнаго опредѣленія преступной привычки, находя вмѣстѣ съ тѣмъ, что и самое понятіе представляетъ нѣчто расплывчивое и уже поэтому одному не особенно пригодно для уголовнаго права. Попытку болѣе точнаго опредѣленія этого понятія дѣлаетъ Wahlberg, но не идетъ дальше указанія, что „учиненнымъ по привычкѣ дѣяніе является, коль скоро оно вытекло изъ склонности, влеченія.“ Такимъ образомъ здѣсь вмѣсто неопредѣленнаго выраженія „привычка“ подставлено не менѣе неопредѣленное „влеченіе или склонность“. Вообще, замѣчаетъ авторъ, о преступникахъ по привычкѣ нельзя

говорить въ томъ смыслѣ, въ какомъ привычнымъ пьяницею называется тотъ, кто настолько привыкъ къ употребленію спиртныхъ напитковъ, что коль скоро онъ вынужденъ отказаться отъ алкоголя, то этимъ нарушается существенная физіологическая потребность его организма.

Съ точки зрѣнія уголовной оцѣнки, понятія: „въ видѣ ремесла“ „въ видѣ постояннаго занятія“ „по привычкѣ“ имѣютъ, слѣдовательно, то значеніе, что въ поведеніи преступника обнаруживается злая, т. е. противозаконная воля, проявляющаяся—при учиненіи преступленія въ видѣ ремесла—въ корыстномъ намѣреніи, соединяющимся здѣсь съ намѣреніемъ повторенія дѣянія въ будущемъ, при учиненіи дѣянія въ видѣ постояннаго занятія—въ намѣреніи, а при учиненіи таковаго по привычкѣ—въ склонности возобновлять преступную дѣятельность. Изъ предшествующаго анализа этихъ понятій видно, что въ самомъ опредѣленіи ихъ не заключается требованія о томъ, чтобы въ составъ „преступленій въ видѣ ремесла и по привычкѣ“ непремѣнно входили нѣсколько дѣяній. Спрашивается теперь, какимъ образомъ можетъ быть констатировано учиненіе преступленія въ видѣ ремесла или по привычкѣ, и не можетъ ли, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, даже одинъ случай служить достаточнымъ тому доказательствомъ?

Если признать, что существенными признаками „преступности въ видѣ ремесла“ являются корыстный мотивъ и намѣреніе повторенія дѣянія въ будущемъ, то первое дѣяніе можетъ заключать въ себѣ оба эти критерія совершенно такъ же, какъ и десятое или сотое. Относительно корыстнаго намѣренія это понятно само собою. Существованіе же намѣренія повторять тѣ же дѣянія въ будущемъ никогда не можетъ быть доказано тѣмъ только, что дѣйствія уже и прежде повторялись. Прежнія дѣянія могутъ конечно представлять весьма цѣнное тому доказательство, но не болѣе; наличность ихъ не есть необходимое условіе для состава преступленія въ видѣ ремесла. In der That, wenn nicht schon das einzelne Geschäft die Merkmale des gewerbsmässigen an sich trägt, so ist die Aufgabe sagen zu sollen, wann das Gewerbe beginnt, eine gerade so dankbare wie die Beantwortung der alten Frage, wie viele Körner einen Haufen bilden. Что, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, и одного дѣйствія бываетъ вполнѣ достаточно, чтобы признать его учиненнымъ въ видѣ ремесла, это утверждаютъ большинство писателей и практика прусскаго оберъ-трибунала. Французская юриспру-

денція представляется въ этомъ отношеніи неустановившеюся, хотя слѣдовало бы ожидать отъ нея категорически отрицательнаго рѣшенія вопроса, ибо въ понятіи délit collectif на первомъ планѣ всегда выставляется, какъ необходимое предположеніе, pluralité des actes. Въ примѣненіи къ отдѣльнымъ преступленіямъ практика французская дѣлаетъ различіе, именно: при délits d'habitude d'usure и d'excitation à la débauche требуется по меньшей мѣрѣ констатированіе двухъ случаевъ, тогда какъ при доставленіи преступникамъ притона (art. 61 c. p.) и привычномъ нищенствѣ французскіе суды, смотря по обстоятельствамъ, довольствуются и однимъ доказаннымъ фактомъ.

Все сказанное выше по поводу преступности въ видѣ ремесла находитъ себѣ полное примѣненіе и къ понятію „преступность въ видѣ занятія". Всѣ писатели согласны между собою въ томъ, что достаточнымъ доказательствомъ здѣсь можетъ служить даже одно дѣяніе виновнаго.

Что касается преступности по привычкѣ, то безъ сомнѣнія первое дѣяніе не можетъ еще носить отпечатка *привычнаго преступленія*, и поэтому здѣсь большею частію признается необходимою наличность, по меньшей мѣрѣ, двухъ случаевъ. Но и на основаніи двухъ фактовъ никто конечно не былъ бы въ состояніи распознать въ индивидѣ склонность къ дальнѣйшему повторенію извѣстной дѣятельности. Совершенно другой вопросъ, не могутъ ли побочныя обстоятельства, сопровождающія одинъ констатированный случай, сообщить дѣятельности виновнаго характеръ привычной преступной дѣятельности?

Если видѣть въ преступленіи по привычкѣ коллективное преступленіе, въ составъ котораго входятъ нѣсколько отдѣльныхъ дѣяній, то даже самое основательное, повидимому, предположеніе о томъ, что данному случаю предшествовали еще другіе подобные случаи, не можетъ замѣнять собою доказательства дѣйствительности такихъ случаевъ. Если же, напротивъ, считать, что каждая данная дѣятельность можетъ быть разсматриваема, какъ привычная, коль скоро воля дѣятеля фиксирована въ извѣстномъ направленіи привычкою, то отъ усмотрѣнія судьи будетъ вполнѣ зависѣть, на какой фактической подкладкѣ онъ основываетъ свое убѣжденіе въ наличности этого обстоятельства. Согласно этому, присужденіе къ наказанію, какъ за преступленіе по привычкѣ, могло бы послѣдо-

вать, даже если бы одинъ только данный случай являлся доказаннымъ съ процессуальною точностью.

Затѣмъ возникаетъ вопросъ, можно ли, въ доказательство дѣйствованія лица въ видѣ ремесла, постояннаго занятія или по привычкѣ принимать въ соображеніе также и дѣянія, покрывшіяся давностію наказанія, а также учиненныя за границею или подъ дѣйствіемъ иного уголовнаго закона? Рѣшеніе и здѣсь должно быть аналогичное съ предъидущимъ. Если признавать преступленія въ видѣ ремесла, постояннаго занятія и по привычкѣ коллективными преступленіями, для состава которыхъ требуется pluralité des actes, то нельзя допустить, безъ явнаго нарушенія принципа ne bis in idem, чтобы, при уголовно-юридической оцѣнкѣ дѣянія, судья принималъ въ соображеніе прежнія дѣянія, уже бывшія предметомъ сужденія, вмѣсто того, чтобы ждать, пока у преступника успѣетъ образоваться новая привычка. Нельзя, равнымъ образомъ,съ этой точки зрѣнія,оставаясь послѣдовательнымъ, придти къ иному рѣшенію, кромѣ отрицательнаго, и относительно учиненныхъ заграницею или подъ властію другаго уголовнаго закона дѣяній. Но если, отбросивъ понятіе коллективнаго преступленія, видѣть въ дѣяніи, учиненномъ въ видѣ ремесла, постояннаго занятія или по привычкѣ, просто квалифицированное по характеру совершенія дѣяніе, тогда конечно судьѣ должно быть предоставлено право воспользоваться и тѣми случаями, которые, хотя и покрылись давностію или, по мѣсту и времени ихъ совершенія, изъяты изъ области дѣйствія уголовнаго закона, но могутъ, тѣмъ не менѣе, служить драгоцѣннымъ матеріаломъ въ качествѣ судебнаго доказательства.

И такъ преступленія, учиняемыя въ видѣ ремесла, постояннаго занятія или по привычкѣ, не могутъ считаться коллективными преступленіями въ смыслѣ вышеприведеннаго опредѣленія этого понятія. Засимъ остается все еще открытымъ вопросъ, не являются ли этого рода преступленія коллективными въ томъ смыслѣ, что нѣсколько дѣяній представляются лишь однимъ цѣлымъ, достаточно ли существованія намѣренія или склонности къ повторенію преступленія для того, чтобы всю совокупность дѣйствій, вытекшихъ изъ такихъ намѣренія или склонности, разсматривать, какъ одно цѣлое? Относительно преступной привычки вопросъ долженъ быть сразу разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ. Въ самомъ дѣлѣ, если бы допустить, что отдѣльныя дѣянія, вытекшія

изъ одной преступной склонности, образуютъ, въ силу этого, одно цѣлое, то, при невозможности точно очертить направленіе такой склонности, пришлось бы непремѣнно придти къ тому, чтобы всѣ вообще преступленія одного и того же человѣка считать вытекшими изъ одной склонности къ преступной дѣятельности, и затѣмъ оставалось бы только цѣлую человѣческую жизнь разсматривать, какъ громадное коллективное преступленіе.

Столь же невозможно допустить и по отношенію къ преступленіямъ въ видѣ ремесла или постояннаго занятія, чтобы намѣреніе совершить нѣсколько однородныхъ преступленій было способно сдѣлать изъ множества дѣяній одно дѣяніе. Здѣсь должно сказать то же, что и относительно „единства рѣшимости“ въ продолжаемомъ преступленіи. Какъ ни изобилуетъ до настоящаго времени ученіе о продолжаемомъ преступленіи различными спорными пунктами, все же можно считать вопросъ о достаточности единства рѣшимости для превращенія нѣсколькихъ разнородныхъ дѣяній въ одно преступленіе, окончательно и безусловно разрѣшеннымъ отрицательно, и конечно уже теперь никто не станетъ утверждать, что убійство и кража могутъ слиться въ одно преступленіе вслѣдствіе того только, что рѣшимость на ихъ совершеніе возникла въ душѣ преступника одновременно. Затѣмъ нѣтъ никакого основанія видѣть какое либо различіе между тѣмъ случаемъ, когда преступникъ, вмѣсто того, чтобы рѣшиться на учиненіе опредѣленнаго числа преступныхъ дѣяній, возъимѣлъ намѣреніе совершить рядъ преступленій, въ частности еще не опредѣленныхъ.

In diesem Sinne sind gewerbs-und gewohnheitsmässige Handlungen selbstständige. Eine jede derselben stellt eine neue Rechtsverletzung dar und die Absicht mehrere Verbrechen zu begehen oder die Neigung dazu, überhebt den Verbrecher keineswegs eines neuen Entschlusses, wenn er ein bestimmtes ferneres Verbrechen begehen will.

Результатъ приведенныхъ соображеній долженъ быть, по мнѣнію автора, слѣдующій: судьѣ предстоитъ, по поводу каждаго отдѣльнаго случая, рѣшить, не представляется ли данное преступленіе учиненнымъ въ видѣ ремесла или по привычкѣ, и затѣмъ обсуждать дѣянія съ такимъ характеромъ по правиламъ о совокупности, причемъ съ ними могутъ идеально конкурировать и другія какія либо квалификаціи дѣянія. Конечно, вмѣстѣ съ этимъ понятіе коллективнаго преступленія должно исчезнуть, но это не можетъ счититься какою либо утратою. Теоретическая конструкція это-

го понятія страдаетъ значительною неясностью, а практически оно не имѣетъ никакой цѣны, почему упраздненіе его составитъ рѣшительный шагъ впередъ. Множество споровъ, обязанныхъ своимъ возникновеніемъ неясности природы преступленій въ видѣ ремесла, постояннаго занятія и по привычкѣ, получатъ теперь весьма простое разрѣшеніе, разъ всѣ подобныя дѣянія будутъ обсуждаемы, какъ отдѣльные квалифицированные случаи.

Въ заключеніе остается еще обсудить: необходимо ли вообще выдѣлять особо заключающуюся въ дѣйствованіи въ видѣ ремесла и по привычкѣ квалификацію? Въ этомъ отношеніи авторъ замѣчаетъ: если такая квалификація служитъ для того, чтобы ненаказуемыя дѣйствія превратить въ наказуемыя, слѣдовательно тамъ, гдѣ дѣйствованіе по привычкѣ или въ видѣ ремесла является моментомъ законнаго состава преступленія,—безъ нея можно бы обойтись. Лѣстница наказаній въ современномъ уголовномъ правѣ настолько чувствительна и такъ низко начинается, что дѣяніе дѣлающееся наказуемымъ при условіи учиненія его съ намѣреніемъ или склонностью къ дальнѣйшему повторенію его въ будущемъ, могло бы быть обложено соразмѣрнымъ наказаніемъ даже тогда, если этого рода намѣреніе или склонность отсутствуютъ. Въ такомъ случаѣ преступность по привычкѣ совершенно отпала бы, а отъ преступности въ видѣ ремесла осталось бы лишь корыстное намѣреніе, которое и во многихъ другихъ случаяхъ служитъ основаніемъ для квалификаціи.

Но затѣмъ, и въ качествѣ квалификаціонныхъ моментовъ, понятія въ видѣ ремесла и по привычкѣ должны быть признаны излишними, такъ какъ прочія предусматриваемыя въ уголовныхъ кодексахъ отягчающія обстоятельства вполнѣ достаточны для того, чтобы привести наказаніе за преступленія, учиняемыя въ видѣ ремесла и привычкѣ, въ соотвѣтствіе съ болѣе высокою степенью вины, заключающеюся въ дѣяніяхъ съ такимъ характеромъ.

О ДАВНОСТИ.

(ст. 59 и 60 проекта редакціонной коммисіи).

I.

Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, изд. 1881 г., стр. 693 и слѣд.

Старая доктрина, исходя изъ той идеи, что наказаніе есть юридически необходимое послѣдствіе преступленія и что поэто-

му осуществленіе карательнаго права составляетъ обязанность государства, отрицала на этомъ основаніи правомѣрный характеръ давности или допускала ее лишь условно, именно въ томъ случаѣ, когда дѣятель своимъ послѣдующимъ поведеніемъ доказалъ, что онъ исправился, вслѣдствіе чего наказаніе становится уже ненужнымъ. Поэтому погашеніе давностью ставилось въ зависимость отъ несовершенія преступникомъ въ теченіи всего давностнаго срока никакого наказуемаго дѣянія, а также отъ условія, чтобы онъ болѣе не пользовался никакими выгодами отъ учиненнаго имъ преступленія. Въ новѣйшей доктринѣ существуетъ полное единомысліе относительно того, что уголовная давность не есть только условнымъ образомъ оказываемое виновному покровительство (Begünstigung), а составляетъ необходимый уголовно-юридическій институтъ, но что касается юридическаго обоснованія давности, то въ этомъ отношеніи и до настоящаго времени существуетъ чрезвычайное разнообразіе взглядовъ.

Основаніе давности видятъ въ предполагаемомъ исправленіи преступника, или въ томъ, что страхъ передъ угрожающимъ наказаніемъ и муки угрызеній совѣсти уже сами по себѣ служатъ достаточнымъ возмездіемъ за содѣянное преступленіе, а потому потребности въ наказаніи виновнаго, по истеченіи извѣстнаго времени, болѣе не ощущается. Но оставляя даже въ сторонѣ, что здѣсь говорится о томъ, что представляется только возможнымъ и даже не во всѣхъ случаяхъ вѣроятно, нельзя не признать, что проявляющееся въ мученіяхъ совѣсти сознаніе собственной вины, раскаяніе въ совершенномъ преступленіи, нравственное исправленіе—тогда только могли бы служить юридическимъ основаніемъ давности, если бы этотъ внутренній переворотъ въ преступникѣ, его исправленіе дѣйствительно были единственнымъ юридическимъ основаніемъ и цѣлью наказанія. Безъ сомнѣнія, съ протеченіемъ болѣе или менѣе продолжительнаго времени, не только доказательства, направленныя къ обвиненію, но и служащія въ защиту подсудимаго становятся шаткими, утрачиваютъ характеръ достовѣрности, вслѣдствіе чего опасность такого запоздалаго разслѣдованія не можетъ не говорить въ пользу допущенія здѣсь погашающаго вліянія давности. Не менѣе справедливо и то, что съ теченіемъ времени угасаетъ мало по малу воспоминаніе о дѣяніи и его правонарушительныхъ послѣдствіяхъ; оскорбленное чувство справедливости, прежде взывавшее о воздая-

ніи, теперь умолкаетъ, наконецъ и самое дѣяніе, отошедшее въ область исторіи, утрачиваетъ всякое практическое значеніе для юридической жизни, и народное правосознаніе даже прямо противится примѣненію уголовной кары. Но какъ ни много говорятъ, всѣ эти соображенія въ пользу погашенія наказанія давностью, не составляютъ тѣмъ не менѣе главнѣйшаго ея основанія и, во всякомъ случаѣ, давность обусловливается не однимъ только протеченіемъ опредѣленнаго срока. Единственнымъ основаніемъ уголовной давности можетъ быть лишь безусловная необходимость того, чтобы право проявлялось повсюду и безъ изъятій въ качествѣ силы, властвующей надъ общественною жизнью, а слѣдовательно тамъ, гдѣ юридическая власть государства не имѣетъ возможности уничтожить противное праву положеніе вещей инымъ способомъ, ему остается объявить, что неправо юридически погашено теченіемъ времени. Отсюда вытекаетъ, что юридическое значеніе уголовной давности, можетъ заключаться лишь въ уничтоженіи наказуемости дѣянія теченіемъ времени и что на томъ же самомъ основаніи протеченіемъ времени исключается не только допустимость уголовнаго преслѣдованія, но также и исполненіе присужденнаго наказанія. При редактированіи прусскаго уложенія, отправною точкою составителей во взглядѣ на давность и главнѣйшимъ мотивомъ къ ея установленію въ кодексѣ послужили соображенія уголовной политики и именно затруднительность доказательствъ событія преступленія спустя долгое время послѣ его совершенія, а потому уложеніе ограничилось установленіемъ давности уголовнаго преслѣдованія, устранивъ давность присужденнаго наказанія. Германское уложеніе не послѣдовало въ этомъ отношеніи по стопамъ прусскаго кодекса, допустивъ также и погашеніе давностію наказанія, присужденнаго вошедшимъ въ законную силу приговоромъ. Какъ бы отголоскомъ прежняго взгляда на основаніе и юридическое значеніе уголовной давности является то, что законъ различаетъ давность уголовнаго преслѣдованія и давность исполненія наказанія, назначая притомъ для обоихъ видовъ давности различные сроки. Давность преслѣдованія исключаетъ право уголовнаго преслѣдованія виновнаго и вмѣстѣ съ тѣмъ устраняетъ наказуемость дѣянія. Такая давность имѣетъ мѣсто по отношенію ко всѣмъ преступленіямъ и уложеніе не знаетъ преступленій, не покрывающихся давностію. Продолжительность давностнаго срока находится въ прямомъ соотвѣт-

ствіи съ тяжестью преступленія. Она равняется 20, 15 и 10 годамъ для преступленій; 5 и 3 годамъ для проступковъ и 3 мѣсяцамъ для нарушеній. Законъ исходитъ изъ совершенно неправильной точки зрѣнія, что давностью погашается не наказаніе, слѣдующее за преступленіе, а право преслѣдованія и исполненія наказанія, неизбѣжнымъ слѣдствіемъ чего явилось то, что давностный срокъ для уголовнаго преслѣдованія опредѣленъ не на основаніи заслуженнаго въ конкретномъ случаѣ наказанія, а на основаніи наказанія, угрожающаго за данное преступленіе in thesi; отсюда во всѣхъ случаяхъ давностный срокъ опредѣляется по maximum'у наказанія, опредѣленнаго въ законѣ. Послѣ этого понятно само собою, что если рѣчь идетъ о покушеніи или пособничествѣ, то давностный срокъ опредѣляется сообразно съ слѣдующимъ по закону наказаніемъ за покушеніе или пособничество, а не съ наказаніемъ за оконченное преступленіе или тѣмъ, которое угрожаетъ виновнику, и что съ другой стороны не принимается въ соображеніе то наказаніе, которое законъ установляетъ на случай признанія судомъ наличности смягчающихъ вину обстоятельствъ, напр. въ виду несовершеннолѣтія преступника. Законъ опредѣляетъ давностный срокъ для преступленія, проступковъ и нарушеній, и дѣяніе не утрачиваетъ значеній преступленія или проступка (зависящее отъ максимума нормальнаго наказанія) вслѣдствіе того, что въ конкретномъ случаѣ, въ виду смягчающихъ обстоятельствъ, судомъ будетъ назначено такое наказаніе, которое, если бы имъ опредѣлялась квалификація дѣянія, могло бы сообщить ему лишь характеръ проступка или нарушенія. Отсюда, далѣе, слѣдуетъ, что и обратно, давностный срокъ опредѣляется нормальнымъ наказаніемъ, угрожающимъ за данное преступленіе, а не болѣе тяжкимъ наказаніемъ, назначеннымъ въ конкретномъ случаѣ за рецидивъ. Теченіе давности по уложенію начинается со дня, а не съ момента учиненія преступленія; при этомъ, по отношенію къ давности, имѣетъ значеніе лишь день совершенія дѣянія, но не день наступленія преступнаго послѣдствія. Если однако законъ требуетъ для наличности состава даннаго преступленія не только извѣстный родъ дѣятельности, но кромѣ того и наступленіе причиненнаго этою дѣятельностію послѣдствія, то отъ наступленія или не наступленія таковаго, какъ составляющаго существенный моментъ наказуемаго дѣянія, зависитъ и продолжительность давностнаго срока. Изъ этого впрочемъ не слѣ-

дуетъ чтобы теченіе давности должно было начинаться впервые съ момента или со дня наступленія послѣдствія *), ибо только самая преступная дѣятельность дѣлаетъ возможнымъ точное опредѣленіе времени и мѣста для всѣхъ вообще случаевъ. Если бы вопросъ о моментѣ совершенія рѣшался наступленіемъ послѣдствія, то опредѣленіе времени и мѣста было бы поставлено въ зависимость отъ совершенно случайныхъ обстоятельствъ (какъ напр. опредѣлить день начатія давности, когда вопросъ идетъ о тѣлесномъ поврежденіи, послѣдствіемъ котораго явились болѣзнь, параличъ или психическое разстройство)? Давность начинается, слѣдовательно, при покушеніи, какъ и при совершеніи преступленія, съ того дня, въ который преступная дѣятельность пришла къ концу, а слѣдовательно, при преступленіяхъ продолжаемыхъ, совершаемыхъ по привычкѣ или же въ видѣ ремесла, она начинается только совершеніемъ послѣдняго наказуемаго акта, а при длящейся дѣятельности—съ прекращеніемъ ея. Omissiodelicta являются оконченными въ тотъ моментъ, когда лицомъ не было исполнено лежавшей на немъ въ силу закона обязанности дѣйствовать, или съ истеченіемъ срока, впродолженіи котораго дѣйствіе должно было быть предпринято согласно предписанію закона. Но теченіе давности не во всѣхъ случаяхъ начинается съ момента ихъ совершенія, ибо omissiodelicta имѣютъ значеніе длящихся преступленій во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда юридическій интересъ, заключающійся въ выполненіи предписываемаго закономъ дѣйствія, не представляется лишь моментальнымъ, а продолжаетъ существовать еще нѣкоторое время, и потому даже запоздалое выполненіе требуемаго дѣйствія можетъ служить къ удовлетворенію этого интереса. Наказуемое ослушаніе продолжается, слѣдовательно, втеченіе всего того времени, пока предписанное дѣйствіе еще можетъ и обязательно должно быть предпринято лицомъ. Поэтому при omissiodelicta давность начинается лишь тогда, когда ослушаніе прекращается выполненіемъ дѣйствія, или когда истекло то время, когда это дѣйствіе еще могло и должно было быть предпринято виновнымъ. Положеніе, что для начатія давностнаго погашенія имѣетъ значеніе конецъ преступной дѣятельности, а не моментъ наступленія послѣдствія, должно имѣть примѣненіе

---

*) Впрочемъ господствующимъ въ доктринѣ является мнѣніе, признающее, что давность начинается лишь съ наступленіемъ послѣдствія.

также и къ дѣятельности участниковъ; равнымъ образомъ и родѣ дѣятельности участника не обосновываетъ никакого различія въ этомъ отношеніи. Такимъ образомъ въ томъ случаѣ, когда дѣятельность виновника отдѣлена по времени отъ дѣятельности совиновника, подстрекателя или пособника, теченіе давности начинается для каждаго изъ соучастниковъ съ того дня, въ который онъ самъ дѣйствовалъ, а не со дня совершенія дѣянія виновникомъ.

Если давностью погашается наказуемость, то, оставаясь послѣдовательнымъ, надо признать, что только наказаніемъ преступника давность можетъ быть прервана такимъ образомъ, что если виновный снова ускользаетъ отъ исполненія надъ нимъ наказанія, то начинается теченіе новаго давностнаго срока, тогда какъ всякому оффиціальному дѣйствію, направленному къ наказанію виновнаго можетъ быть приписано развѣ значеніе временной пріостановки теченія давности. Но положительныя законодательства и доктрина какъ въ различеніи давности преслѣдованія и исполненія наказаній, такъ и относительно прерванія давности, до последняго времени все еще склоняются къ той точкѣ зрѣнія, что давностію погашается уголовный искъ (Klageverjährung).

Погашеніе давностью уголовнаго преслѣдованія можетъ быть прервано только дѣйствіемъ суда, а не прокуратуры, хотя при этомъ нѣтъ надобности, чтобы судья былъ въ конкретномъ случаѣ компетентнымъ, нѣтъ также надобности, чтобы должностное лицо, возбуждающее преслѣдованіе, носило наименованіе судьи, важно только чтобы оно имѣло право производства разслѣдованія и постановленія рѣшенія по дѣлу. Опредѣленія полицейскихъ установленій о наказаніи виновнаго, насколько таковыя уполномочены по закону на присужденіе къ наказаніямъ, а равно и приговоры административныхъ учрежденій по поводу противозаконныхъ дѣйствій, нарушающихъ нормы касательно взиманія публичныхъ налоговъ и пошлинъ, прерываютъ давность. Прерваніе давности, произведенное въ одномъ изъ нѣмецкихъ государствъ, имѣетъ силу (если только рѣчь идетъ о преступленіи, наказуемомъ по германскому уложенію) въ предѣлахъ всей имперіи. Судебное дѣйствіе, долженствующее прервать давность, должно быть направлено противъ опредѣленнаго лица, въ качествѣ обвиняемаго или подозрѣваемаго въ совершеніи наказуемаго дѣянія, а недостаточно какого либо иного дѣйствія, которое было бы направлено въ рас-

крытію законнаго состава преступленія, но не относилось бы къ опредѣленному лицу; при этомъ, однако, безразлично, будетъ ли это лицо виновникомъ, или только участникомъ преступленія. Дѣйствіе, направленное противъ виновника, въ техническомъ смыслѣ этого слова, не прерываетъ поэтому давности, протекающей для участника. Такъ какъ давность, хотя и опредѣляется закономъ, какъ давность уголовнаго преслѣдованія, но, на дѣлѣ является давностью наказуемости, а не погашеніемъ уголовнаго иска, то вопросъ о томъ, явилось ли для судьи при уголовномъ преслѣдованіи виновнаго, какое нибудь препятствіе или нѣтъ, лишенъ всякаго значенія. Душевная болѣзнь или бѣгство виновнаго также не способны прервать давность, какъ и помѣшать тому, чтобы теченіе ея началось. Въ противность этому, уложеніе признаетъ, что, коль скоро начатіе или продолженіе уголовнаго процесса находится въ зависимости отъ такого преюдиціальнаго вопроса, рѣшеніе котораго должно послѣдовать въ иномъ процессуальномъ порядкѣ, то теченіе давности пріостанавливается только до его окончательнаго разрѣшенія. Подобное препятствіе не прерываетъ, слѣдовательно, давности, такъ что, какъ только, съ окончательнымъ разрѣшеніемъ предсудимаго вопроса, оно устраняется, начавшаяся, но затѣмъ пріостановленная давность, снова продолжаетъ свое теченіе. При этомъ безразлично, будетъ ли преюдиціальный вопросъ подлежать разрѣшенію гражданскаго, уголовнаго суда или какого либо административнаго установленія. Послѣ прерванія давности, установленный въ законѣ давностный срокъ начинаетъ новое теченіе, причемъ въ срокъ давности не зачисляется время, протекшее до ея прерванія. Давность наказанія уничтожаетъ право приведенія въ исполненіе вступившаго въ законную силу приговора. Она не отмѣняетъ, поэтому, тѣхъ наказаній, которыя не требуютъ исполненія, каковымъ является наказаніе, состоящее въ лишеніи гражданскихъ правъ или способности къ занятію оффиціальныхъ должностей, такъ какъ исполненіе этихъ наказаній само собою наступаетъ вмѣстѣ съ вступленіемъ приговора въ законную силу, и срокъ ихъ исчисляется съ того дня, когда наказаніе лишеніемъ свободы покрылось, если оно не было отбыто или прощено. Тоже слѣдуетъ сказать о лишеніи способности свидѣтельствовать на судѣ подъ присягою, въ качествѣ свидѣтеля или эксперта. Равнымъ образомъ и предоставленіе судомъ права учрежденія надъ осужденнымъ полицейскаго

надзора не исключается давностью, такъ какъ время на которое назначается полицейскій надзоръ, должно быть исчисляемо съ того дня, когда наказаніе лишеніемъ свободы погашено давностью, если оно не было отбыто или прощено. Различные давностные сроки, равняющіеся, смотря по тяжести наказаній 30, 20, 15, 10, 5, и 2 годамъ, опредѣляются по соображенію съ присужденнымъ наказаніемъ, а не съ тѣмъ, которое установлено закономъ. Теченіе давности начинается со дня вступленія въ законную силу приговора, такъ что этотъ день входитъ въ давностный срокъ, а оканчивается съ протеченіемъ послѣдняго дня срока. Взысканіе денежнаго штрафа, присужденнаго не въ качествѣ главнаго наказанія, а лишь въ видѣ дополнительнаго къ лишенію свободы покрывается давностью не прежде, чѣмъ это послѣднее. Хотя законъ и не устанавливаетъ никакого срока для погашенія давностію выговора, тѣмъ не менѣе, такъ какъ нѣтъ никакого основанія считать это наказаніе въ видѣ изъятія, не подлежащимъ дѣйствію давности, слѣдуетъ признать, что оно погашается давностію, по крайней мѣрѣ, въ тотъ же срокъ, какъ и слабѣйшее изъ наказаній лишеніемъ свободы. Согласно § 70 уложенія, нѣсколько совмѣстно присужденныхъ наказаній погашаются въ ихъ совокупности (als ein Ganzes), а не каждое отдѣльно. Давность прерывается каждымъ направленнымъ къ исполненію наказанія дѣйствіемъ тѣхъ мѣстъ, на обязанности которыхъ лежитъ приведеніе наказанія въ исполненіе, а слѣдовательно, ни въ частности, самымъ исполненіемъ наказанія, а равно и приказами объ исполненіи наказанія, объявленіями о сыскѣ и задержаніи осужденнаго, если только эти дѣйствія имѣли цѣлью исполненіе наказаній. Послѣ каждаго прерванія давности, теченіе давностнаго срока начинается снова, въ цѣломъ объемѣ хотя бы наказаніе было въ одной его части отбыто или прощено.

Дѣйствіемъ давности (давности преслѣдованія или давности исполненія наказанія) является погашеніе наказуемости дѣяній, а не самого дѣянія. Поэтому вмѣстѣ съ наказуемостью не погашаются ни гражданскій искъ о возмѣщеніи убытковъ, ни исполненіе присужденнаго потерпѣвшему по уголовному приговору вознагражденія за понесенный вредъ, ни денежная пеня, присуждаемая на основаніи 182 и 231 § § уложенія. Равнымъ образомъ давность не исключаетъ возможности принимать покрытыя ею преступленія въ соображеніе при констатированіи привычнаго со-

вершенія преступленія; напротивъ того, при опредѣленіи наказанія за повтореніе, наказаніе, покрывшееся давностью не можетъ быть приравниваемо къ отбытому, потому что рецидивъ требуетъ, чтобы прежнее наказаніе было дѣйствительно отбыто.

II.

Heinze, Aufhebung der Strafbarkeit durch Verjährung (im Holtzend. Handb., стр. 595 и слѣд.).

Останавливаясь на вопросѣ о правовомъ основаніи института уголовной давности, авторъ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ. Нельзя видѣть основанія давности въ медлительности (poena negligentiae) или молчаливомъ отказѣ со стороны лицъ, облеченныхъ правомъ преслѣдованія виновника преступленія. Субъективное уголовное право, въ его истинномъ значеніи, есть долгъ государства (eine Strafpflicht des Staates), но, очевидно, послѣднее не можетъ освободиться отъ этого долга невыполненіемъ его. Невозможно равнымъ образомъ видѣть основаніе давностнаго погашенія наказанія въ постепенномъ искаженіи, съ теченіемъ времени, воспоминаній о событіяхъ, принадлежащихъ отдаленному прошлому, и въ проистекающей отсюда шаткости уголовныхъ приговоровъ, коль скоро послѣдніе приводятся въ исполненіе лишь спустя долгое время послѣ совершенія преступленія, или наконецъ въ пресловутой опасности положенія на судѣ обвиняемаго, успѣвшаго уже утратить, въ теченіи давностнаго срока, существенныя доказательства его невиновности. Безспорно, всѣ эти опасенія отчасти справедливы, но прежде всего—основная идея такой аргументаціи, напередъ устранять трудности и сомнительность доказательствъ событія преступленія постановленіями матеріальнаго права, принадлежитъ примитивной, давнымъ давно пройденной нами ступени правоваго развитія. Какъ далеко ушли мы въ настоящее время отъ мысли о такомъ вліяніи вопроса о доказательствахъ на матеріальное право, явствуетъ изъ того, что мы даже въ уголовномъ процессѣ отказались отъ какихъ бы то ни было категорическихъ положеній въ формѣ теоріи судебныхъ доказательствъ. Основное начало реформированнаго процесса заключается въ томъ, что достоинство каждой улики должно быть опредѣляемо лишь въ отношеніи къ особымъ обстоятельствамъ конкретнаго случая. Нельзя, слѣдовательно, основывать институтъ давности на соображеніяхъ число

процессуальнаго характера, которыя притомъ стоятъ въ прямомъ противорѣчіи съ общими процессуальными началами. Вышеприведенную аргументацію обыкновенно стараются усилить еще и тѣмъ соображеніемъ, что судебныя мѣста не должны быть обременяемы безплодными разслѣдованіями и что если единственнымъ результатомъ производимыхъ слѣдствій будетъ сплошь и рядомъ являться сознаніе, что истина осталась не выясненною, то это не можетъ не колебать достоинства уголовнаго правосудія. Противъ этого однако можно возразить, что было бы совершенно произвольно предсказывать заранѣе неуспѣхъ всякому изслѣдованію о погашенномъ давностію преступленіи и что, наконецъ, самыя усилія уголовнаго правосудія раскрыть преступленіе, даже при крайней сомнительности успѣха, имѣютъ уже извѣстное значеніе, какъ проявленіе энергіи карательной власти. Сходною съ предыдущею является нерѣдко также высказываемая мысль, что разслѣдованіе, начатое спустя долгое время послѣ совершенія преступленія, колеблетъ вѣру въ могущество правосудія, давая поводъ думать, что самое открытіе или задержаніе виновнаго произошло только благодаря счастливой случайности. Aber der Einfluss des Zufalls замѣчаетъ авторъ, wird nicht kleiner, sondern grösser, wenn man der späten Zeit der Entdeckung straftilgende Wirkung beimisst, und die Volksstimme ist bekanntlich geneigt in der Entdeckung lange Zeit verborgen gebliebener Schandthaten das Walten höherer Mächte zu erblicken.

Уголовную давность нельзя, далѣе, основывать на томъ соображеніи, что вызванное преступнымъ дѣяніемъ оскорбленіе правоваго чувства населенія съ теченіемъ времени притупляется и наказаніе преступника не является уже требованіемъ народнаго правосознанія. Надо замѣтить, что для ослабленія общественной потребности въ возмездіи гораздо важнѣе чѣмъ моментъ совершенія дѣянія, то время, въ которое дѣяніе и его виновникъ сдѣлались оффиціально извѣстными.

Слѣдовательно, законодателю, полагающему въ основу давности соображеніе о постепенномъ угасаніи въ обществѣ чувства негодованія, вызваннаго преступленіемъ, пришлось бы, при установленіи давностныхъ сроковъ, принимать за основаніе три различныхъ исходныхъ пункта, изъ которыхъ два, время обнаруженія дѣянія и время обнаруженія дѣятеля, представляются, по отношенію къ юридической наказуемости преступленія, совершенно посторонними и случайными и, что было бы также неизбѣжно, обсуждать однородные слу-

чаи различнымъ образомъ. Кромѣ того, такъ какъ лица, потерпѣвшія отъ преступленія, будутъ упорнѣе въ своихъ требованіяхъ о возмездіи, чѣмъ лица, матеріально незаинтересованныя, то пришлось бы назначить болѣе продолжительные давностные сроки для общеопасныхъ преступленій, сравнительно съ преступленіями частными (Privatverbrechen); пришлось бы, затѣмъ, принимать въ соображеніе подсудность уголовнаго дѣла по мѣсту и т. д. Сходною съ этою представляется аргументація, построенная на томъ, что, если преступленіе было учинено болѣе, чѣмъ за время, равное продолжительности человѣческой жизни, то того поколѣнія, которое было оскорблено преступнымъ фактомъ, уже не существуетъ, а съ исчезновеніемъ генераціи исчезаетъ и та конкретная стадія права, которая подверглась нарушенію. Воззрѣніе это игнорируетъ нѣкоторыя наиболѣе характерныя черты объективнаго права, именно его непрерывность и свойство служить посредствующею связью между физическими генераціями. Das Recht erbt sich fort. Begrifflich ist das Verbrechen nicht denkbar ohne Verletzung der Rechtsordnung, die unberührt bleibt von dem Wechsel der Individuen und der Generationen.

Уголовная давность не можетъ быть выводима изъ предположенія объ исправленіи преступника. Несовершеніе имъ втеченіи всего давностнаго срока новаго преступленія можетъ имѣть своею причиною, какъ отсутствіе удобнаго къ тому случая, побудительныхъ мотивовъ, такъ и перемѣну въ настроеніи. Кромѣ того, нельзя логически допустить, чтобы доказательствомъ положительнаго факта, т. е. исправленія, могло служить чистое отрицаніе, которое не даетъ права сдѣлать рѣшительный выводъ о дѣйствительномъ воздержаніи преступника отъ совершенія преступленія, такъ какъ единственно достовѣрный отрицательный фактъ именно необнаруживаніе позднѣйшихъ преступленій можетъ быть, какъ слѣдствіемъ того, что преступникъ не совершилъ новыхъ преступленій, такъ и результатомъ его ловкости или другихъ, благопріятствующихъ сокрытію позднѣйшихъ преступленій, обстоятельствъ. Другимъ послѣдствіемъ было бы то, что наступившая уже давность сново должна была бы прерываться преступленіями, учиненными въ продолженіи давностнаго срока, но обнаруженными впервые по протеченіи таковаго; такимъ образомъ дѣйствіе давности вообще находилось бы въ зависимости отъ извѣстнаго резолютивнаго условія. Но, оставляя даже въ сторонѣ эти выводы, которыхъ практически нельзя допустить,

теорія исправленія несостоятельна въ принципѣ, такъ какъ исправленіе не составляетъ ни цѣли, ни правоваго основанія наказанія. Возраженіе, видящее основаніе давности въ томъ, что протеченіе времени производитъ въ лицѣ самаго преступника весьма важную перемѣну и, что человѣкъ, по прошествіи долгихъ лѣтъ его земнаго существованія, перестаетъ быть тѣмъ, чѣмъ онъ былъ прежде,—является въ сущности не болѣе, какъ новою формулировкою теоріи исправленія. По мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ, истиннымъ правовымъ основаніемъ давности могло бы быть только такое, которое представляетъ собою замѣну отпадающаго вслѣдствіе давности наказанія. Такой эквивалентъ усматриваютъ въ томъ страхѣ передъ обнаруженіемъ преступленія и грозящимъ наказаніемъ, который испытывался виновнымъ въ продолженіи многихъ лѣтъ, но предположеніе, что каждый преступникъ, совершивъ преступленіе, живетъ подъ впечатлѣніемъ постояннаго страха, что его дѣяніе будетъ обнаружено, является совершенно произвольнымъ. Наравнѣ съ виновнымъ, наказаніе котораго покрылось давностью, тѣ же душевныя страданія могъ испытывать и преступникъ, привлекавшійся къ отвѣтственности еще впродолженіи давностнаго срока. По теоріи вѣроятности, преступникъ, привлеченный къ слѣдствію, сильнѣе долженъ ощущать страхъ передъ наказаніемъ, чѣмъ тотъ, который не подвергнулся преслѣдованію. Никоимъ образомъ однако такое чисто субъективное ощущеніе не можетъ служить замѣною объективнаго уголовнаго наказанія.

Съ своей стороны авторъ склоняется на сторону воззрѣнія, видящаго основаніе давности въ томъ, что она является общимъ средствомъ къ устраненію противорѣчія между правомъ и фактомъ Нормальный путь къ возстановленію соотвѣтствія между фактомъ и правомъ заключается въ томъ, что фактъ подпадаетъ подъ владычество права, слѣдовательно, что преступленіе, дотолѣ остававшееся безнаказаннымъ, дѣйствительно влечетъ за собою установленное за него въ законѣ наказаніе. Для тѣхъ же фактовъ, которые по какимъ либо причинамъ не подпали подъ власть права, существуетъ другое и послѣднее средство къ возстановленію единенія ихъ съ правомъ, именно признаніе за фактомъ юридическаго значенія. Kommt der Berg nicht zu Muhammad, so kommt Muhammad zum Berg. So ist die Verjährung das einzige Mittel, die Ohnmacht des Rechtes, bevor dieselbe unwiderruflich geworden ist, umzuwandeln in

Herrschaft. Такому превращенію противузаконнаго дѣянія въ правовый фактъ въ значительной степени способствуетъ то значеніе, которое каждый фактъ (здѣсь фактъ безнаказанности) получаетъ вслѣдствіе болѣе или менѣе продолжительнаго существованія. Je länger eine solche Thatsache unangefochten bleibt, desto mehr nimmt sie den Schein des Rechts an, desto mehr ergeben sich aus derselben Anknüpfungspunkte, Verbindungen und Folgen die auf der Annahme beruhen, dass sie wirklich zu Recht bestehe. Преступникъ, фактически оставшійся безнаказаннымъ, съ теченіемъ времени вступаетъ въ массу безпрерывно увеличивающихся въ числѣ и упрочивающихся юридическихъ, нравственныхъ, экономическихъ, личныхъ отношеній, которыя всѣ покоятся на томъ предположеніи, что онъ юридически свободенъ отъ наказанія, т. е. что онъ не преступникъ. Въ концѣ концовъ эти новыя отношенія пускаютъ такіе глубокіе корни, какъ для преступника, такъ и для третьихъ лицъ, что примѣненіе строгихъ правовыхъ началъ къ факту уже устарѣвшему было бы болѣе тяжкимъ нарушеніемъ правоваго порядка, чѣмъ отказъ отъ защиты права и вытекающая отсюда фикція правомѣрности факта. So hat die fortdauernde Nichtverwirklichung des objectiven Rechtes die Folge, dass eine Zeit kommt, in welcher für das wahre Ansehen des Rechtsordnung besser gesorgt ist, wenn das Unrecht mit dem Character des Rechtes bekleidet wird, als wenn es Unrecht bleibt. Die Thatsache der Straflosigkeit bewirkt im Lauf der Zeit positive Neugestaltungen und Veränderungen, die allmälig eine selbstständige und selbst überwiegende Berechtigung erlangen.

Совокупное дѣйствіе этихъ обоихъ моментовъ, ненарушимости объективнаго права и права на юридическое признаніе, которое пріобрѣтаетъ каждый долго существующій фактъ, образуетъ правовое основаніе уголовной давности.

Уголовная давность предполагаетъ: во 1) уголовный случай, подлежащій давностному погашенію. Германское уложеніе, подобно большинству новѣйшихъ уголовныхъ кодексовъ, распространяетъ погашающее вліяніе давности на всѣ преступленія безъ изъятія; 2) такое положеніе вещей, которое допускаетъ дѣйствіе давности. Разладъ между карательнымъ правомъ (Recht der Strafe) и фактомъ безнаказанности, лежащій въ основѣ уголовной давности, можетъ наступить въ каждый моментъ по учиненіи преступленія до совершеннаго отбытія наказанія. Истина эта только мало по малу проложила себѣ путь въ положительномъ правѣ. Въ настоящее время всѣ согласны въ томъ, что

правило: „agere non volenti non currit praescriptio“ не примѣнимо въ уголовной давности. Такъ, напр. теченіе давности продолжается въ то время, какъ преступникъ страдаетъ помѣшательствомъ. Многіе нѣмецкіе кодексы, по образцу римскаго и французскаго права, признаютъ давность пріостановленною впредь до разрѣшенія преюдиціальныхъ вопросовъ, переданныхъ на разсмотрѣніе другаго установленія. Въ этомъ отношеніи необходимо различать двѣ системы. Германское уложеніе примкнуло къ empêchemens de droit французскаго права. Давность пріостанавливается лишь тогда, но зато безусловно, когда законъ предписываетъ разсмотрѣніе преюдиціальнаго вопроса въ другомъ процессѣ; такое неопредѣленное положеніе дѣла можетъ наступить прежде, чѣмъ началось теченіе давности. Если тотъ законный путь, помощью котораго преюдиціальный вопросъ долженъ былъ бы придти къ разрѣшенію, закрылся вслѣдствіе давности, то и уголовное преслѣдованіе исключается. Согласно другой системѣ, давность пріостанавливается только на время производства гражданскаго процесса, отъ исхода котораго зависитъ судьба уголовнаго процесса; здѣсь такимъ образомъ, исходъ дѣла зависитъ отъ того или другаго рѣшенія судьи.

Отдѣльныя законодательства исключаютъ давность въ томъ случаѣ, если преступникъ уклонился, посредствомъ бѣгства, отъ возбужденнаго противъ него преслѣдованія или отъ исполненія надъ нимъ вошедшаго въ законную силу приговора. Diese irrationelle und unpraktische Gattung der ruhenden Verjährung, замѣчаетъ авторъ, wird bald gänzlich der Vergangenheit gehören.

3) протеченіе установленнаго закономъ промежутка времени. Продолжительность давностнаго срока должна находиться въ соотвѣтствіи съ тяжестью погашаемаго давностію наказанія. Большинство новѣйшихъ законодательствъ назначаютъ для тягчайшихъ преступленій 20 лѣтній срокъ давности, существующій по римскому праву; для менѣе важныхъ преступленій давностные сроки понижаются, образуя нѣсколько градацій, причемъ также дѣлается различіе между преступленіями, преслѣдуемыми въ общемъ и частномъ порядкѣ. Тамъ, гдѣ сроки давности наказанія соотвѣтствуютъ тяжести наказанія, продолжительность давностнаго срока опредѣляется максимумомъ наказанія in thesi, хотя бы по судебному приговору и было назначено наказаніе въ меньшемъ размѣрѣ. Уменьшающія вину обстоятельства, представляющіяся въ отдѣльномъ случаѣ, такъ же мало могутъ вліять на пониже-

ніе давностнаго срока, какъ и молодость преступника. Теченіе давности наказанія начинается съ окончаніемъ преступнаго дѣянія, слѣдовательно: при оконченномъ преступленіи—съ его совершеніемъ, при покушеніи—съ выполненіемъ послѣдняго изъ образующихъ таковое дѣйствій виновнаго. Многія законодательства совершенно неправильно признаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдствіе отдѣлено внѣшнимъ образомъ отъ самой преступной дѣятельности, началомъ давности конечный пунктъ послѣдней. Между тѣмъ, пока продолжается преступная дѣятельность, о давности не можетъ быть рѣчи; на этомъ же основаніи, при длящихся преступленіяхъ давность начинается лишь съ послѣдняго момента преступной дѣятельности. Omissiodelicta оканчиваются только съ истеченіемъ того промежутка времени, въ теченіи котораго долженствовала быть выполнена та положительная дѣятельность, которая была опущена, а потому только съ окончаніемъ этого промежутка времени начинается для нихъ теченіе давности. При повтореніи преступленій, давность протекаетъ для каждаго преступленія отдѣльно. Тоже относится и къ такъ наз. продолжаемымъ преступленіямъ, а равно и къ преступленіямъ, совершаемымъ въ видѣ ремесла или по привычкѣ. Подстрекательство и пособничество начинаютъ погашаться давностію одновременно съ главнымъ преступленіемъ. Благопріятствованіе имѣетъ самостоятельное давностное теченіе. Погашеніе давностію присужденнаго наказанія начинается со дня вступленія въ силу подлежащаго приговора, или же, когда приведеніе приговора въ исполненіе слѣдуетъ немедленно, со дня прерваннаго исполненія наказанія. Исчисленіе давности a momento ad momentum принципіально допустимо, но непригодно практически, и потому должно быть оставлено. Большинство законодательствъ приняли исчисленіе давностнаго срока по гражданскому праву (a die ad diem). Слѣдуетъ ли включать въ срокъ давности и день совершенія преступленія и необходимо ли для истеченія давности, чтобы послѣдній день прошелъ, или только начался,—это уже дѣло положительнаго законодательства. По германскому праву день совершенія преступленія есть вмѣстѣ съ тѣмъ и первый день давностнаго срока; давность почитается истекшею, какъ скоро начался послѣдній день срока.

4) произвольныя требованія: чтобы преступникъ уже не пользовался никакими выгодами отъ преступленія, содѣйствовалъ собственными силами исправленію причиненнаго вреда (насколько

это допускается самою природою преступленія), не учинилъ бѣгства за границу, не совершалъ въ теченіи давностнаго срока никакого другаго преступленія, чтобы дѣятель оставался суду неизвѣстнымъ или же, чтобы требуемое по закону производство слѣдствія или постановка рѣшенія остались невыполненными по винѣ судьи и, наконецъ, чтобы преступникъ въ теченіи всего давностнаго срока постоянно отличался безукоризненнымъ поведеніемъ.

Если подъ прерваніемъ давности разумѣть такой актъ, вслѣдствіе котораго начавшееся теченіе давностнаго срока дѣлается недѣйствительнымъ (wirkungslos), то прерывающее дѣйствіе можетъ быть приписано лишь такому факту, который находится въ противорѣчіи съ фактомъ, опредѣляющимъ наступленіе давности, т. е. съ фактическою безнаказанностію виновнаго. Такимъ фактомъ, прерывающимъ теченіе давности, можетъ быть только начатіе исполненія наказанія. Ближе всего къ исполненію наказанія стоитъ испрошенная виновнымъ или дарованная ему отсрочка наказанія. Къ началу исполненія наказанія можетъ быть приравнено задержаніе осужденнаго, имѣющее цѣлью привести въ исполненіе наказаніе лишеніемъ свободы. Прерванію давности можетъ быть приписано и другое менѣе значительное вліяніе, или въ томъ смыслѣ, что къ дѣйствію, прерывающему теченіе давности, прибавляется самостоятельно опредѣляемый срокъ, которымъ давностный срокъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ быть расширенъ, или, лучше сказать, что, по прерваніи давности, начавшійся до него давностный срокъ продолжаетъ свое теченіе, и только то время, на которое упадаютъ акты, прерывающіе давность, не включается въ срокъ. Всякое дѣйствіе органовъ государства, стремящееся къ тому, чтобы дать перевѣсъ праву (т. е. наказанію) надъ фактическою безнаказанностію преступника, пріостанавливаетъ давность на извѣстный промежутокъ времени, который долженъ быть опредѣленъ закономъ (напр. на 30-ти дневный срокъ). Если этотъ промежутокъ времени протекъ безъ новыхъ актовъ, пріостанавливающихъ давность (Sistirungsacte), то прерванная давность продолжаетъ свое теченіе.

Болѣе глубокое вліяніе на давность производятъ только исполненіе наказанія и вышеуказанные его эквиваленты. Здѣсь, по истеченіи общаго срока, на который давность пріостанавливается (allgemeine Sistirungsfrist) начинается новый давностный срокъ. Дѣйствіе давности не можетъ простираться на самые факты, от-

носящіеся къ прошедшему времени, а лишь на ихъ юридическія послѣдствія. Давностію погашается наказуемость преступленія; давность наказанія дѣлаетъ поэтому юридически невозможнымъ приведеніе въ исполненіе уголовнаго приговора. Гражданскія правовыя послѣдствія преступленія не затроиваются уголовною давностію; къ этимъ послѣдствіямъ относится и обязанность возмѣщенія судебныхъ издержекъ. Впрочемъ судебныя издержки не могутъ быть возлагаемы на преступника, если, при самомъ начатіи слѣдственнаго о немъ производства, дѣяніе его несомнѣнно должно было считаться погашеннымъ давностію.

III.

Garraud, Précis de droit criminel, изд. 1881 г., стр. 552 и слѣд.

Уголовною давностью погашаются или исковыя права (droits d'action), вытекающія изъ преступленія, или права исполненія (droits d'exécution), вытекающія изъ судебнаго приговора. Погашая публичный искъ, давность уголовная, по своимъ результатамъ, представляетъ аналогію съ амнистіей, а когда она служитъ препятствіемъ къ исполненію приговора, то дѣйствіе ея аналогично съ помилованіемъ. Основаніе погашающаго вліянія уголовной давности заключается не въ актѣ соціальной власти, а въ протеченіи извѣстнаго времени (dans le laps de temps) послѣ совершенія преступленія или вступленія приговора о немъ въ законную силу. Такимъ образомъ обвиняемый или осужденный пріобрѣтаетъ неотъемлемое право на безнаказанность исключительно тѣмъ, что онъ впродолженіе извѣстнаго времени пользовался безнаказанностію. Объясненіе такой власти времени надъ преступленіемъ и уголовнымъ приговоромъ заключается въ самой основѣ права наказанія. Карательная функція государства подчинена двумъ принципамъ: абсолютной справедливости и общественной пользы. Если съ точки зрѣнія перваго изъ этихъ принциповъ дѣйствіе давности должно было бы, повидимому, заслуживать порицанія, то съ другой стороны она находитъ себѣ полное оправданіе съ точки зрѣнія второго принципа. Въ самомъ дѣлѣ, наказаніе, слишкомъ отдаленное временемъ отъ преступленія или судебнаго приговора, дѣлается безполезнымъ, такъ какъ воспоминаніе о преступномъ фактѣ успѣло изгладиться, самое право наказанія перестало существовать. C'est donc l'oubli présumé de l'infraction non jugée qui libère le

coupable des conséquences de l'infraction; c'est l'oubli présumé de la condamnation prononcée qui le libère des conséquences de la condamnation. Za cessation de la raison de punir légitime explique ainsi, et la prescription de l'action publique, et la prescription de la peine.

Если таково основаніе уголовной давности, то изъ него можно вывести два положенія: 1) такъ какъ воспоминаніе о преступномъ дѣяніи и потребность въ уголовной репрессіи сохраняются дольше по отношенію къ тяжкимъ преступленіямъ, чѣмъ преступленіямъ меньшей важности, то срокъ уголовной давности долженъ измѣняться въ зависимости отъ большей или меньшей важности преступленій или судебныхъ приговоровъ; 2) въ виду того, что преступленіе доказанное необходимо оставляетъ болѣе глубокій слѣдъ, чѣмъ преступленіе, которое не было констатировано въ судебномъ порядкѣ, срокъ давности наказанія долженъ быть болѣе продолжительнымъ, чѣмъ срокъ давности, погашающей уголовный искъ. Оба эти начала получили санкцію въ ст. 635—643 code d'instruction criminelle. Уголовная давность, основываясь на интересѣ общественномъ, а не интересѣ обвиняемаго или осужденнаго, есть институтъ публичный. Характеръ этотъ свойственъ давности наравнѣ со всѣми другими причинами погашенія публичнаго иска или наказанія. Изъ такого характера давности вытекаетъ, что она пріобрѣтается обвиняемымъ или осужденнымъ безъ его вѣдома и независимо отъ его желанія. Отсюда далѣе слѣдуетъ: а) что обвиняемый или осужденный не можетъ отказаться отъ пріобрѣтенной давности и требовать, чтобы его подвергли суду или наказанію. Въ этомъ смыслѣ art. 641 inst. cr. постановляетъ: „les condamnés par défaut ou par contumace, dont la peine est prescrite, ne pourront, être admis à se présenter pour purger le défaut ou la contumace.“ б) Пріобрѣтенная давность должна быть констатирована оффиціально, слѣдственными или судебными властями, на обязанности коихъ лежитъ рѣшеніе вопроса о допустимости публичнаго иска, или же магистратами, къ обязанностямъ коихъ относится приведеніе въ исполненіе приговоровъ, постановленныхъ въ порядкѣ состязательномъ или заочно, или же наконецъ судьями, въ случаѣ задержанія или явки съ повинною лица, осужденнаго заочнымъ приговоромъ. в) Обвиняемый можетъ ссылаться въ свою защиту на истеченіе давностнаго срока во всякомъ положеніи дѣла.

Давность публичнаго иска. Французское законодательство устанавливает 3 срока давности, погашающей публичный иск, в соответствіи с важностью подлежащих погашенію преступных дѣяній, именно: десятилѣтній срок для преступленій, трехлѣтній для проступков и годичный для нарушеній. Установляя три упомянутые срока давности публичнаго иска, Code d'instruction criminelle не отмѣняет давностных сроков, установляемых спеціальными законами, которые вообще значительно короче. Так тѣ изъ délits ruraux, которые не предусмотрѣны въ code pénal, покрываются, въ силу закона от $\frac{28 \text{ сентября}}{6 \text{ октября}}$ 1791 г., мѣсячною давностію, считая со дня их совершенія; проступки против устава лѣснаго покрываются трехмѣсячною или шестимѣсячною давностію (C. forest. ст. 145 и 146); такой же давности подлежат и проступки против рыбной ловли въ рѣках (закон 15 апрѣля 1829 г. ст. 62 и 63), но проступки против правил об охотѣ погашаются во всѣх случаях трехмѣсячною давностію (закон 3 мая 1844, ст. 29); преступленія и проступки, совершаемые путем печати, покрываются шестимѣсячною или годичною давностью. Теченіе давности начинается со дня *совершенія* наказуемаго дѣянія и считается днями, но не часами или изъ минуты въ минуту; dies a quo является таким образом, по отношенію к давности, недѣлимым. Слѣдует ли включать въ давностный срок и день совершенія преступленія? Автор разрѣшает этот вопрос утвердительно на том основаніи, что начальный пункт теченія давности должен совпадать с временем открытія публичнаго иска. Срок давности должен почитаться истекшим с окончаніем послѣдняго дня этого срока. Вопрос об исчисленіи срока давности представляется спорным по отношенію к преступленіям продолжаемым и коллективным. Большинство преступных посягательств совершаются и становятся оконченными въ один и тот же момент, сколько бы времени ни продолжались приготовленія к ним или их совершеніе; они называются мгновенными (délits instantanés). С таким характером являются: убійство, кража, поджог, мошенничество, злоупотребленіе довѣріем и т. п. Другія же преступленія, носящія названіе продолжаемых (continus ou successifs), по самому свойству своему продолжаются, даже по совершенном их выполненіи, въ теченіи болѣе или менѣе долгаго времени, иногда неопредѣленное время. Таковы напр. противозаконное лишеніе свободы, ношеніе неприсвоенных по закону знаков отли-

чія и т. п. Преступленія этого рода образуются изъ единичнаго дѣянія, которое, съ самаго момента его совершенія, продолжается безъ перерыва, а не изъ ряда раздѣльныхъ и самостоятельныхъ дѣяній. Теченіе давности публичнаго иска можетъ начаться только съ того момента, когда это продолжительное инкриминируемое состояніе прекратилось, т. е. съ того момента, когда преступленіе сдѣлалось оконченнымъ. Различаютъ преступленія простыя (infractions simples), для состава которыхъ достаточно одиночнаго дѣйствія, и преступленія коллективныя или привычныя (infractions collectives ou d'habitude), образующіяся лишь путемъ повторенія извѣстныхъ дѣйствій, изъ которыхъ каждое въ отдѣльности представляется слишкомъ маловажнымъ, чтобы заслуживать наказанія, и только неоднократное ихъ повтореніе, изобличая образовавшуюся въ виновномъ привычку къ преступленію, дѣлаетъ ихъ вслѣдствіе этого наказуемыми. Таковы: преступленіе ростовщичества, посягательство на половую стыдливость заключающееся въ поощреніи, благопріятствованіи или облегченіи разврата несовершеннолѣтнихъ того и другаго пола до 21 года (334 С. р.) Это дѣленіе преступленій представляетъ интересъ именно по отношенію къ давности публичнаго иска. Давностью можетъ покрываться только преступленіе, обратившееся въ привычку,т. е. не отдѣльныя дѣйствія, повтореніе коихъ образуетъ привычное преступленіе, а всѣ эти дѣйствія, взятыя въ ихъ сложности. Безъ сомнѣнія, каждое изъ этихъ дѣйствій является составнымъ элементомъ преступленія, но оно не есть самое преступленіе, и потому теченіе давности начинается лишь съ того дня, когда преступленіе становится оконченнымъ. Такимъ образомъ, если число дѣяній достаточно для образованія привычнаго преступленія, то давностный срокъ начинается со дня учиненія послѣдняго дѣянія; съ истеченіемъ же давности всѣ предшествующія дѣянія разомъ погашаются.

Что касается прерванія или пріостановленія теченія давности публичнаго иска, то здѣсь необходимо различать преступленія и проступки съ одной стороны и нарушенія съ другой. Давность публичнаго иска, по отношенію къ дѣяніямъ, влекущимъ за собою наказанія уголовныя и исправительныя, прерывается актами уголовнаго преслѣдованія или слѣдственнаго производства. При этомъ необходимо, чтобы такой актъ самъ по себѣ былъ дѣйствителенъ, т. е. чтобы онъ исходилъ отъ должностнаго лица (d'un officier public), компетентнаго ratione materiae или ratione loci, и былъ

выполненъ со всѣми существенными формальностями. Затѣмъ, актъ преслѣдованія, правильный по формѣ и исходящій отъ подлежащаго должностнаго лица, прерываетъ теченіе давности, хотя бы онъ былъ предъявленъ предъ некомпетентнымъ судьею; некомпетентность судьи можетъ лишать силы только тѣ акты, которые имъ самимъ составлены. Прерваніе давности имѣетъ своимъ слѣдствіемъ начатіе новаго давностнаго срока. Но спрашивается, можетъ ли и эта новая давность быть опять прервана новымъ послѣдующимъ актомъ уголовнаго преслѣдованія или слѣдственнаго производства и такъ далѣе, до безконечности? Авторъ, основываясь на буквальномъ смыслѣ текста art. 637 и 638, полагаетъ, что давность можетъ быть прервана лишь тѣми актами обвиненія или слѣдствія, кои были произведены въ теченіи перваго давностнаго срока (10 или 3 лѣтняго), и что поэтому она является истекшею, коль скоро во второй промежутокъ (въ 10 лѣтъ или 3 года) дѣло о виновномъ не рѣшено окончательно. Такимъ образомъ продолжительность сохраненія силы публичнаго иска, по отношенію къ преступленіямъ или проступкамъ, не можетъ превышать 20 или 6 лѣтъ. Это удвоеніе срока, какъ результатъ прерванія давности, безъ сомнѣнія является вполнѣ достаточнымъ, въ смыслѣ обезпеченія уголовной репрессіи; система же безконечныхъ прерываній теченія уголовной давности противорѣчила бы основной идеѣ института давности. Акты преслѣдованія или предварительнаго слѣдствія имѣютъ безусловное дѣйствіе (ont un effet absolu), т. е. прерываютъ теченіе давности по отношенію ко всѣмъ лицамъ, участвовавшимъ въ совершеніи преступленій или проступковъ, хотя бы они еще не были въ то время обнаружены или не знали о начатіи уголовнаго производства. Начало, въ силу котораго актъ, прерывающій теченіе давности, полагаетъ начало новому давностному сроку, примѣнимо какъ къ долгосрочной, такъ и къ краткосрочной давности. Вышеизложенныя правила не примѣняются однако къ полицейскимъ нарушеніямъ. Что касается послѣднихъ, то давность публичнаго иска не можетъ быть прервана никакимъ актомъ преслѣдованія или предварительнаго слѣдствія, а только постановленіемъ приговора. Бездѣйствіе прокурорскаго надзора, вынужденное какимъ нибудь фактическимъ препятствіемъ, неспособно прервать теченія уголовной давности. Такъ если преступленіе осталось необнаруженнымъ, положимъ вслѣдствіе того, что французъ, по совершеніи преступленія за предѣлами территоріи, не возвращает-

ся въ свое отечество, то теченіе давности публичнаго иска продолжается, не прерываясь, хотя бы упомянутое препятствіе къ возбужденію преслѣдованія продолжало существовать въ теченіи всего давностнаго срока. Болѣе сомнительнымъ является вопросъ въ томъ случаѣ, когда препятствіе къ возбужденію преслѣдованія будетъ юридическимъ (obstacle de droit), ибо здѣсь самъ законъ прекращаетъ преслѣдованіе и потому, казалось бы, онъ становится въ противорѣчіе съ самимъ собою, прекращая преслѣдованіе и въ тоже время погашая его давностью на томъ основаніи, что оно не было возбуждено; но это противорѣчіе болѣе кажущееся, чѣмъ дѣйствительное. Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь не можетъ быть вопроса о наказаніи недѣятельности прокурорскаго надзора допущеніемъ погашающаго уголовный искъ вліянія давности; нельзя допустить предположенія, что если обвинитель не возбудилъ преслѣдованія, то это равносильно отказу съ его стороны отъ уголовнаго иска. Вопросъ здѣсь идетъ лишь о томъ, не изгладило ли протекшее время воспоминанія о преступленіи и не сдѣлалось ли вслѣдствіе этого уголовная репрессія безполезною. Авторъ полагаетъ, что уголовный искъ долженъ считаться погашеннымъ, коль скоро онъ не былъ начатъ втеченіи опредѣленнаго срока, какова бы ни была причина, воспрепятствовавшая преслѣдованію.

Такъ какъ основаніемъ уголовной давности преслѣдованія служитъ предположеніе о забвеніи преступленія, по прошествіи извѣстнаго времени послѣ его совершенія, то дѣйствіе ея должно быть такимъ же, какъ и дѣйствіе амнистіи. Въ самомъ дѣлѣ, наравнѣ съ послѣдней, давность изглаживаетъ преступный характеръ дѣянія. На этомъ основаніи обвинительная власть не должна подвергать преслѣдованію преступленіе, покрывшееся давностью; судья, если преслѣдованіе въ этомъ случаѣ случаѣ уже было возбуждено, долженъ отказать въ разсмотрѣніи публичнаго иска и не входить въ сужденіе о виновности обвиняемаго или осужденнаго. Всякій уголовный судъ, прежде чѣмъ войти въ разсмотрѣніе дѣла по существу, обязанъ удостовѣриться въ томъ, что дѣяніе не покрылось давностью.

Наказаніе, присужденное приговоромъ суда, погашается, если оно не было приведено въ исполненіе въ теченіи извѣстнаго времени. Давность наказанія можетъ имѣть примѣненіе только къ тѣмъ наказаніямъ, которыя требуютъ для приведенія ихъ въ исполненіе извѣстнаго матеріальнаго дѣянія (fait matériel de l'exécution); но тѣ наказанія, которыя производятъ свое дѣйствіе неза-

висимо отъ какого бы то ни было физическаго акта, въ самый моментъ вступленія приговора въ окончательную законную силу, не подлежатъ дѣйствію давности. Такимъ образомъ давность примѣняется къ наказаніямъ тѣлеснымъ, заключающимся въ лишеніи свободы и наказаніямъ денежнымъ. Напротивъ того не погашаются давностью наказанія, заключающіяся въ лишеніи или ограниченіи нѣкоторыхъ правъ или юридическихъ способностей, опредѣляемомъ по суду или слѣдующемъ по закону за нѣкоторыми наказаніями. Сюда принадлежатъ: лишеніе гражданскихъ правъ, ограниченіе нѣкоторыхъ правъ гражданскихъ, семейныхъ и т. п. Можетъ, конечно, случиться, что лицо, лишенное по суду гражданскихъ правъ, успѣетъ скрыть это обстоятельство и такимъ образомъ втеченіи 20 или 30 лѣтъ продолжать пользоваться тѣми правами, которыхъ оно было лишено по судебному приговору, но такое пользованіе преимуществами того состоянія, которое было имъ утрачено, не можетъ служить основаніемъ къ ихъ возстановленію.

Срокъ давности наказанія вообще болѣе продолжителенъ, чѣмъ срокъ давности преслѣдованія, именно по Code d'instr. crim. онъ вдвое больше. Кромѣ того срокъ давности находится въ соотвѣтствіи съ важностью присужденнаго наказанія; такъ, онъ равняется 20, 5, 2 годамъ, смотря по тому, идетъ ли рѣчь о присужденіи къ наказанію уголовному, исправительному или полицейскому. Начало теченія давности наказанія исчисляется съ того дня, въ который приговоръ вошелъ въ законную силу, ибо только въ этотъ день возникаетъ право приведенія наказанія въ исполненіе, прекращается давность публичнаго иска и начинается теченіе давности наказанія. Code d'instr. crim. исходитъ именно изъ этого начала, допуская вмѣстѣ съ тѣмъ нѣкоторыя облегченія въ пользу осужденнаго. При этомъ необходимо различать давность наказаній уголовныхъ и давность наказаній исправительныхъ и полицейскихъ. По отношенію къ наказаніямъ уголовнымъ, 20-ти лѣтній срокъ давности исчисляется со времени вступленія въ силу судебнаго приговора (ассизнаго суда) или рѣшенія (военнаго совѣта и морскаго суда). Давность уголовныхъ наказаній, какъ и давность всякаго наказанія предполагаетъ существованіе приговора, вошедшаго въ законную силу и подлежащаго приведенію въ исполненіе. До тѣхъ поръ, пока судебный приговоръ не пріобрѣтетъ характера окончательнаго, онъ долженъ быть разсматриваемъ, какъ слѣдственный актъ (acte d'instruction), которымъ теченіе дав-

ности лишь прерывается, поэтому судебный приговоръ не окончательный служитъ начальнымъ пунктомъ давности иска, а не давности наказанія. Давностный срокъ, коимъ погашаются наказанія исправительныя или полицейскія, равняется 5 или 2 годамъ. Начальный пунктъ этого срока измѣняется, смотря по тому, состоялся ли приговоръ въ первой или послѣдней инстанціи. Если обвинительный приговоръ постановленъ окончательно, т. е. не допускаетъ обжалованія, то теченіе давности начинается со дня его произнесенія; такимъ образомъ осужденный, ссылающійся на давность, не долженъ вычитать изъ 5-ти или 2-хъ лѣтняго срока, протекшаго со времени его осужденія, тотъ срокъ, который установленъ закономъ для принесенія кассаціонной жалобы. Если же приговоръ былъ произнесенъ судомъ первой инстанціи, то теченіе давности начинается съ того дня, когда этотъ приговоръ уже не можетъ болѣе подлежать обжалованію въ апелляціонномъ порядкѣ, т. е. съ того дня, когда онъ вступилъ въ законную силу. Что касается наказаній исправительныхъ и полицейскихъ, то къ нимъ лицо можетъ быть присуждено заочно. Въ законѣ не указанъ начальный срокъ теченія давности въ этомъ случаѣ. Если заочный приговоръ, состоявшійся въ первой инстанціи, объявленъ осужденному, то срокъ теченія давности начинается съ истеченіемъ срока на обжалованіе; если же произнесенный заочно обвинительный приговоръ состоялся въ послѣдней инстанціи, то, по мнѣнію автора, теченіе давности наказанія можетъ начаться только со вступленіемъ приговора въ законную силу, а до того времени можетъ быть вопросъ только о давности уголовнаго преслѣдованія. Если, наконецъ, обвиняющая сторона пропустила 3-хъ лѣтній срокъ, не домогаясь объявленія осужденному заочно, состоявшагося о немъ приговора къ наказанію исправительному, или когда истекъ годичный срокъ со времени присужденія къ полицейскому наказанію и таковой приговоръ не былъ объявленъ осужденному, то публичный искъ, вытекающій изъ проступка или нарушенія, погашается, за истеченіемъ давностнаго срока, и виновники и участники правонарушенія становятся отнынѣ свободными отъ всякаго преслѣдованія. Давность наказанія, какъ и давность преслѣдованія исчисляется днями, а не часами. Такимъ образомъ недостаточно, чтобы послѣдній день давностнаго срока только начался, а требуется, чтобы онъ прошелъ. День, опредѣляемый закономъ, какъ исходный пунктъ давности (dies a quo) включается въ срокъ послѣдней. Code d'instr. crim. не предусматриваетъ никакой причины

прерванія или прекращенія давности. Съ своей стороны авторъ высказываетъ по этому поводу слѣдующія соображенія. Наказанія погашаются давностію потому, что они не были приведены въ исполненіе въ сроки, указанные закономъ. Отсюда вытекаетъ двоякое слѣдствіе: 1) теченіе давности неизбѣжно прерывается обращеніемъ наказанія къ исполненію, но 2) съ другой стороны оно можетъ быть прервано только этимъ обращеніемъ наказанія къ исполненію. Примѣняя эти соображенія къ различнымъ наказаніямъ, которыя могутъ быть назначаемы по суду, слѣдуетъ придти къ выводамъ: а) что для прерванія давности, погашающей смертную казнь, недостаточно еще заарестованія осужденнаго и даже приказанія о приведеніи въ исполненіе приговора; коль скоро исполненіе приговора не имѣло мѣста втеченіи 20 лѣтъ, слѣдовавшихъ за осужденіемъ, то наказаніе погашается давностью. Что касается денежныхъ штрафовъ или конфискацій, то здѣсь теченіе давности могло бы быть прервано только актомъ исполненія приговора: платежомъ, арестомъ движимости или недвижимости, личнымъ задержаніемъ, но не можетъ быть прервано предъявленіемъ къ осужденному требованія объ уплатѣ штрафа, или отдачѣ конфискованныхъ предметовъ. Точно также, если рѣчь идетъ о наказаніяхъ лишеніемъ свободы, то давность не прерывается простыми объявленіями, публикаціями, домашними обысками, полицейскими дознаніями, но задержаніе лица въ срокъ, указанный закономъ, останавливаетъ ходъ давности, причемъ нѣтъ надобности, чтобы осужденный былъ непремѣнно отведенъ въ то мѣсто заключенія, гдѣ онъ долженъ отбыть свое наказаніе.

Если давность публичнаго иска представляетъ аналогію съ амнистіею, то дѣйствіе давности наказанія можетъ быть сравнено съ дѣйствіемъ помилованія. Подобно помилованію, освобождающему отъ наказанія, давность полагаетъ препятствіе исполненію наказаній, присужденныхъ по приговору суда, но она оставляетъ въ силѣ самый приговоръ. Впрочемъ въ двухъ отношеніяхъ осужденный, удостоившійся помилованія, находится въ болѣе благопріятныхъ условіяхъ, чѣмъ тотъ, наказаніе котораго погашено давностью: а) первому могутъ быть возстановлены права, тогда какъ второму въ этомъ необходимо должно быть отказано; в) осужденный за преступленіе и освободившійся отъ наказанія за давностью, не можетъ, по смыслу закона (art. 635, § 2, Instr. cr.), имѣть постоянное жительство въ томъ округѣ, въ которомъ жи-

ветъ или тотъ, надъ личностью или имуществомъ котораго было совершенно преступленіе, или его прямые наслѣдники. Правительство можетъ назначить осужденному мѣсто его постояннаго требованія. Впрочемъ, это право назначенія осужденному мѣста, единственною цѣлью котораго является удаленіе его отъ мѣста жительства потерпѣвшихъ отъ преступленія, не должно быть смѣшиваемо съ опредѣляемымъ въ видѣ наказанія полицейскимъ надзоромъ. Постановленія Code d'instr. crim. касательно уголовной давности не распространяются на гражданскіе иски, присуждаемые приговорами, состоявшимися въ уголовномъ порядкѣ; денежныя взысканія, слѣдующія въ силу этихъ приговоровъ, погашаются по правиламъ права гражданскаго 30 лѣтнею давностью, считая съ того дня, когда опредѣленія о такихъ взысканіяхъ пріобрѣли силу окончательнаго приговора.

ОГЛАВЛЕНІЕ

ТОМА VI

Матеріаловъ для пересмотра нашего уголовнаго законодательства.

ВЫПУСКЪ I.

ВЫПУСКЪ II.

